Joachim Dirichs

DIE HAFTUNG DER BANKEN FÜR RAT UND AUSKUNFT DARGESTELLT AN DEN BEISPIELEN DES ANLAGERATES UND DER KREDITAUSKUNFT

1976

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547212_0032

DIE HAFTUNG DER BANKEN FÜR RAT UND AUSKUNFT

DARGESTELLT AN DEN BEISPIELEN

DES ANLAGERATES UND DER KREDITAUSKUNFT

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Joachim Dirichs
aus Recklinghausen
1976

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Kollhosser
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Battes
Dekan: Prof. Dr. Schneider
Tag der mündlichen Prüfung: 12. Februar 1976

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis V

Abkürzungsverzeichnis XVI

A) Einleitung 1

B) Anlagerat und Kreditauskunft als die beiden bedeutendsten Erscheinungsformen von Rat und Auskunft im Bankverkehr 2

I) Allgemeines 2

1) Einführung 2

2) Abgrenzung und Definition der Begriffe "Rat" und "Auskunft" 3

II) Der Anlagerat 5

III) Die Kreditauskunft 7

1) Definition und Bedeutung für die Beteiligten 7

2) Begrenzung durch das Bankgeheimnis 11

3) Form und Inhalt 16

C) Haftungsproblematik 22

I) § 676 BGB 22

II) Die vertragliche Haftung der Bank für eigenes Verschulden gegenüber dem Anfragenden 24

1) Auskunfts- und Raterteilung als Hauptpflicht eines Vertrages 24

a) Auskunftserteilung 24

aa) Zustandekommen des Vertrages 24

bb) Rechtliche Qualifizierung des Vertrages 34

cc) Verschuldensmaßstab 37

b) Raterteilung 42

2) Auskunfts- und Raterteilung als Nebenpflicht eines Vertrages 43

a) Auskunftserteilung 43

b) Raterteilung 44

3) Auskunfts- und Raterteilung im Rahmen einer Geschäftsverbindung 50

a) Auskunftserteilung 50

b) Raterteilung 65

4) Zusammenfassung zu C. II. 67

III) Die deliktische Haftung der Bank für eigenes Verschulden gegenüber dem Anfragenden 67

1) § 823 I BGB ("Gesundheit") 67

2) § 823 I BGB ("sonstiges Recht") 68

3) §§ 823 II BGB, 263 StGB 69

4) §§ 823 II BGB, 95 BörsG 74

5) § 826 BGB 76

IV) Die vertragliche Haftung der Bank für eigenes Verschulden gegenüber dem Angefragten 82

V) Die deliktische Haftung der Bank für eigenes Verschulden gegenüber dem Angefragten 84

1) § 823 I BGB ("Gesundheit") 84

2) § 823 I BGB ("sonstiges Recht": Ehre) 84

3) § 823 I BGB ("sonstiges Recht": Gewerbebetrieb) 85

4) §§ 823 II BGB, 185 ff StGB 89

5) §§ 823 II BGB, 15 UWG 92

6) § 824 BGB 93

7) § 826 BGB 97

8) §§ 1, 14 UWG 98

VI) Die Haftungsproblematik bei Mitwirkung einer zweiten Bank 99

1) Verhältnis zwischen den beteiligten Banken 100

2) Ansprüche des Anfragenden gegen die Bank des Angefragten 106

a) Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) 106

b) Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte 107

c) § 826 BGB 108

d) Drittschadensliquidation 111

3) Ansprüche des Anfragenden gegen seine eigene Bank 114

VII) Die Haftung der Bank für das Verhalten Dritter 116

1) Inhaber der Bank ist eine natürliche Person 116

a) Vertragliche Haftung 116

b) Deliktische Haftung 121

2) Die Bank ist juristische Person 124

a) Vertragliche Haftung 124

b) Deliktische Haftung 130

VIII) Der Umfang des zu ersetzenden Schadens 132

1) Alleinverschulden der Bank 132

2) Mitverschulden des Geschädigten 140

IX) Die Haftungsbeschränkung gemäß Nr. 10 AGB 149

1) Allgemeines 149

2) Die Haftungsbeschränkung bezüglich des Verhaltens von Inhaberorganen 155

a) Vorsätzliches Verhalten 155

b) Fahrlässiges Verhalten 156

3) Die Haftungsbeschränkung bezüglich des Verhaltens von Erfüllungsgehilfen 160

a) Vorsätzliches Verhalten 160

b) Fahrlässiges Verhalten 161

D) Zusammenfassung 161

E) Rechtspolitische Schlußbetrachtung 164

Literaturverzeichnis

Kommentare

Baumbach, Adolf/ Duden, Konrad	Handelsgesetzbuch, 21. Auflage, München 1974
Dreher, Eduard	Strafgesetzbuch, 35. Auflage, München 1975
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, bearbeitet von Arndt u.a., 6. Auflage, Münster 1975
Heymann, Ernst/ Kötter, Hans-Wilhelm	Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, Berlin/New York 1971
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Bassenge u.a., 35. Auflage, München 1976
Reichsgerichtsrätekommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch, II. Band, 2. Teil, bearbeitet von Fischer u.a., 11. Auflage, Berlin 1960, 7. Lieferung, bearbeitet von Steffen, 12. Auflage, Berlin/ New York 1974, 12. Lieferung, bearbeitet von Mezger, 12. Auflage, Berlin/ New York 1975, 14. Lieferung, bearbeitet von Alff, 12. Auflage, Berlin/ New York 1975
-	Handelsgesetzbuch, 3. Band, neubearbeitet von Brüggemann u.a., 3. Auflage, Berlin 1968
Rosenthal, Alfred	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, bearbeitet von Leffmann, 9. Auflage, Berlin/Frankfurt 1969
Schlegelberger, Franz	Handelsgesetzbuch, 3. Band, erläutert von Geßler u.a., 4. Auflage, Berlin/Frankfurt 1965

Schönke, Adolf/ Schröder, Horst	Strafgesetzbuch, bearbeitet von Lenckner u.a., 18. Auflage, München 1976
Soergel, Hans Theodor/ Siebert, Wolfgang	Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, bearbeitet von Abraham u.a., 10. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967, Band 2, bearbeitet von Abraham u.a., 10. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967, Band 3, bearbeitet von Abraham u.a., 10. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1969
von Staudinger, Julius	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, erläutert von Brändl u.a., 11. Auflage, Berlin 1957, II. Band, Teil 1 c, erläutert von Werner u.a., 10./11. Auflage, Berlin 1967, II. Band, 2. Teil, erläutert von Kiefersauer u.a., 11. Auflage, Berlin 1955, II. Band, 3. Teil, erläutert von Nipperdey u.a., 11. Auflage, Berlin 1958
Stenglein, Melchior	Kommentar zu den Strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches, Band II., völlig neubearbeitet von Ebermeyer u.a., 5. Auflage, Berlin 1931

Lehrbücher

Enneccerus, Ludwig/ Lehmann, Heinrich	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
Enneccerus, Ludwig/ Nipperdey, Hans Carl	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1960

Esser, Josef	Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1970, Band II: Besonderer Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1971
Fikentscher, Wolfgang	Schuldrecht, 4. Auflage, Berlin/ New York 1973
Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg/ New York 1975
Lange, Heinrich	BGB, Allgemeiner Teil, 15. Auflage, München 1974
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band: Allgemeiner Teil, 11. Auflage, München 1976, II. Band: Besonderer Teil, 10. Auflage, München 1972
Lehmann, Heinrich/ Hübner, Heinz	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Auflage, Berlin 1966
Maurach, Reinhard	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1971
Medicus, Dieter	Bürgerliches Recht, 7. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1975
Schönle, Herbert	Bank- und Börsenrecht, München 1971

Einzelschriften

Barchewitz, Adolf	Das Bankrecht, 2. Auflage, Schloß Bleckede a.d. Elbe 1957
Bremer, Heinz	Grundzüge des deutschen und ausländischen Börsenrechts, Berlin/Heidelberg/New York 1969

Hagen, Horst	Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, Frankfurt am Main 1971
Koch, Arwed	Banken und Bankgeschäfte unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse, Jena 1931
-	Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Jena 1932
Köpcke, Günther	Typen der positiven Vertragsverletzung, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1965
Meyer-Cording, Ulrich	Das Recht der Banküberweisung, Tübingen 1951
Philipowski, Rüdiger	Die Geschäftsverbindung, Tatsachen und rechtliche Bedeutung, Heidelberg 1963
Raiser, Ludwig	Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Homburg vor der Höhe 1961
Sefrin, Anton	Die Haftung für Rats- und Auskunftserteilung, Berlin 1929
Sichtermann, Siegfried	Bankgeheimnis und Bankauskunft, 2. Auflage, Frankfurt/Main 1966
Traeger, Ludwig	Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904

Dissertationen

Altjohann, Horst W.	Der Bankvertrag, ein Beitrag zur Dogmatik des Bankrechts, Diss. München 1962
Barthel, Reimar	Haftpflicht der Banken in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. Köln 1933
v. Bleichröder, Hanns	Die Haftung des Bankiers aus Rat und Empfehlung, Diss. Heidelberg 1912

Cohn, Erich	Die Haftung für Rat, Empfehlung und Auskunft nach deutschem bürgerlichem Recht, Diss. Jena 1909
Diehle, Heinrich	Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung und Schadenseintritt beim Dritten. Zur Drittschadensliquidation bei Treuhand und mittelbarer Stellvertretung, Diss. Münster 1969
Dulier, Guy	Rat, Empfehlung und Auskunft im Geschäftsverkehr, Diss. Halle-Wittenberg 1935
Ehret, Hans	Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und die sachenrechtliche Einigung, Diss. Heidelberg 1934
Floerke, Franz	Rat, Auskunftserteilung und Empfehlung nach dem BGB, Diss. Rostock 1910
Gaede, Bertold	Die Haftung der Banken für Kreditauskünfte, Diss. Köln 1970
Gieschen, Wilhelm	Ein Beitrag zur Haftung wegen falschen Rates, falscher Auskunft und falscher Empfehlung (§ 676 BGB), Diss. Münster 1929
Jeßnitzer, Richard	Die Geschäftsverbindung, Diss. Halle-Wittenberg 1930
Kämpfer, Wilhelm	Die Auskunftserteilung nach Privatrecht, Diss. Jena 1902
Lauteschläger, Reinhard	Zur Frage der Haftung einer Bank aus Auskunft über die Kreditwürdigkeit eines Dritten, Diss. Gießen 1934
Lübbe, Gerd	Vertragsschutz Dritter und das allgemeine Haftungsrecht, Diss. Kiel 1964

Paul, Günter	Auskunftshaftung in der neueren Rechtsprechung, Diss. Frankfurt 1973
Potthast, Walter	Die vertragliche Haftung für die Erteilung einer Auskunft, Diss. Köln 1935
Simons, Curt	Haftung der Banken für Rat, Empfehlung und Auskunft unter besonderer Berücksichtigung der Stellung ihrer Filialleiter, Diss. Frankfurt 1921, in: Auszüge aus den Doktor-Dissertationen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Frankfurt a. Main, herausgegeben von der Fakultät, Heft 2, April bis Oktober 1921, S. 68 ff
Stehling, Fritz	Die Haftung des Bankiers für Rat und Empfehlung, Diss. Göttingen 1930
Stolz, Michael	Die Kreditauskunft der Banken, Diss. Köln 1966
Suhr, Knut	Schadensersatzhaftung für Rat und Auskunft. Die privatrechtliche Haftung für Vermögensschäden von Banken, Auskunfteien, Rechtsanwälten und anderen für erteilte falsche Auskünfte und Ratschläge in Deutschland, der Schweiz, Frankreich, den Vereinigten Staaten von Amerika und England, Diss. Hamburg 1969
Wahnbeck, Hermann	Der "besondere Vertreter" (§ 30 BGB) der Bank im Rahmen der Haftung für Rat und Auskunft, Diss. Göttingen 1933

Weiler, Fritz	Die Haftung der Banken für die Erteilung von Rat, Auskunft und Empfehlung unter Berücksichtigung der Haftung für das Verschulden eines Dritten, Diss. Köln 1926
Winkler, Franz	Die Haftung der Banken bei Erteilung von Kreditauskünften, Diss. Erlangen 1934
Wolff, Ernst	Die Haftung des Ratgebers, Diss. Berlin 1899

Aufsätze

Alsberg, Max	Die Haftung des Bankiers für Fahrlässigkeit bei der Empfehlung von Wertpapieren, HoldhMschr 1906, 321 ff
Arnold, Rudolf	Bank und Kundschaft im Spiegel höchstgerichtlicher Entscheidungen, ZblHR 1930, 203 ff
Barth, A.	Die Haftung des Bankiers für fahrlässig falschen Rat, HoldhMschr 1912, 287 ff
Bendix (ohne Angabe des Vornamens)	Rat und Empfehlung, SeuffBl Bd. 71, 2 ff
Brand (ohne Angabe des Vornamens)	Die Haftung des Bankiers für Raterteilung, DJZ 1912, 724 ff
Brombach (ohne Angabe des Vornamens)	Die Haftung bei Auskünften von Banken und Steuerbehörden, DGWR 1935/36, 315 ff
Brückner (ohne Angabe des Vornamens)	Die rechtliche Stellung und Haftverbindlichkeit der kaufmännischen Auskunftbureaus (Auskunfteien), Recht 1903, 245 ff, 273 ff

Brunswig, P.	Die vertragsmäßige Haftung des Ratgebers, ZHR Bd. 56, 77 ff
Cordes (ohne Angabe des Vornamens)	Haftung für Kreditauskunft, BankA 1933/34, 161 ff
-	Die Kreditauskunft der Banken, BB 1949, 90
Ebeling (ohne Angabe des Vornamens)	Haftung für unrichtige Bankauskunft, WM 1955, 1366 ff
Eser, Albin	Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden, GA 1962, 289 ff
Gadow (ohne Angabe des Vornamens)	Bankauskünfte, DJ 1933, 813 f
Gaede, Bertold	Die vertragliche Haftung der Banken für Kreditauskünfte, NJW 1972, 926 ff
Hammel, Alfred	Ungeschriebene Pflichten der Banken, BankA 1925/26, 333 ff
Hardwig, Werner	Beiträge zur Lehre vom Betruge, GA 1956, 6 ff
Jacusiel, Max	Auskünfte des Bankiers über seine Kunden, BankA 1914/15, 221 ff
Klingsporn, Burkhard	Betrachtungen zur geplanten Neufassung des § 824 Abs. 1 BGB, NJW 1960, 1435 ff
Kötz, Hein	Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen? Verhandlungen des fünfzigsten Deutschen Juristentages, Band I, A 1 ff, München 1974

Liesecke, Rudolf	Die Haftungsausschlüsse der Kreditinstitute nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Praxis, WM 1970, 502 ff
Löwe, Walter	Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen? BB 1974, 1033 ff
Lukes, Rudolf	§ 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1963, 1897 ff
Marcus (ohne Angabe des Vornamens)	Ein Streitfall betr. die Naturalrestitutionsbefugnis des Schadensersatzpflichtigen, der auf Geldersatz belangt war, nach BGB., Recht 1907, 564 f
Medicus, Dieter	Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1965, 209 ff
Möhring, Philipp	Die gesetzliche Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die AGB der Banken, NJW 1974, 1689 ff
Pikart, Heinz	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bankvertrag, WM 1957, 1238 ff
-	Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Haftung für Ratschläge und Auskünfte, WM 1966, 698 ff
Reuss, Karl Friedrich	Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements, AcP Bd. 154, 485 ff

Ruge, Dietrich	Abgrenzung des gentlemen's agreement vom Kartellvertrag und Kartellbeschluß, WuW 1963, 698 ff
Schmidt-Salzer, Joachim	Formularmäßige Haftungsfreizeichnungen und Anspruchspauschalierungen, NJW 1968, 289 ff
Schmitt, Kurt	Die kaufmännische Auskunftei, insbesondere der Auskunftsvertrag, ZHR Bd. 70, 266 ff
Schraepler, Hans-Joachim	Kreditauskunft - Einschränkung des Bankgeheimnisses, NJW 1972, 1836 ff
Sprengel, H.	Die Haftung der Kreditinstitute bei der Erteilung von Kreditauskünften, Spark 1955, 131 ff
v. Treyer, K.	Bankauskunft und Persönlichkeitsschutz, DtSpZ Nr. 66 v. 29.8.1962, S. 2
Ulmer, Peter	Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen (dargestellt an Beispielen aus dem Kauf- und Werkvertrags- sowie dem Maklerrecht)? Verhandlungen des fünfzigsten Deutschen Juristentages, Band II, H 8 ff, München 1974
Windolph, Albert	Das "berechtigte Interesse" bei der kaufmännischen Auskunftserteilung, NJW 1959, 1166 f
Wolff, Jürgen	Bankgeheimnis und Kreditauskunft, AG 1968, 286 ff

v. Ziegler, Eugen — Haftung des Bankiers aus Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren, HoldhMschr 1912, 1 ff, 29 ff, 57 ff

Verschiedene Werke

Achterberg, Erich/ Lanz, Karl — Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen, Band I, 3. Auflage, Frankfurt/M. 1967

Schütz, Wilhelm — Bankgeschäftliches Formularbuch, 18. Ausgabe, Köln 1969

Abkürzungsverzeichnis

DtSpZ	Deutsche Sparkassenzeitung

Vergleiche bezüglich der übrigen Abkürzungen:

Kirchner, Hildebert:	Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Auflage, Berlin 1968

A) Einleitung

In allen gesellschaftlichen Lebensbereichen wird heute immer wieder um Rat und Auskunft nachgesucht. Der Grund hierfür liegt in der schnell fortschreitenden Entwicklung und der täglich zunehmenden Spezialisierung, mit der die menschlichen Allgemeinkenntnisse nicht mehr Schritt halten können. Die Skala der Ratschläge und Auskünfte reicht von der Zugauskunft bis zur Rechtsberatung, von der Auskunft über ehemalige Angestellte bis zur Beratung in Fragen der Heilbehandlung. Diese Aufzählung könnte beliebig fortgesetzt werden. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Haftung für solche Ratschläge und Auskünfte, die die Kreditinstitute im Zusammenhang mit finanziellen Transaktionen ihrer Kunden erteilen.

Die Rat- und Auskunftserteilung nimmt bei den Banken einen breiten Raum ihres Tätigkeitsfeldes ein. Dies verwundert kaum angesichts der oft schweren Verständlichkeit wirtschaftlicher Zusammenhänge, die zu erläutern der Bankier aufgrund seiner Tätigkeit und Kenntnisse prädestiniert ist. Ein weiterer Faktor, der den Umfang der Rat- und Auskunftserteilung der Banken bestimmt, ist die Vielzahl der Möglichkeiten, Geld anzulegen und Dienstleistungen der Banken in Anspruch zu nehmen.

B) Anlagerat und Kreditauskunft als die beiden bedeutendsten Erscheinungsformen von Rat und Auskunft im Bankverkehr

I) Allgemeines

1) Einführung

Aus dem großen Bereich der Auskünfte und Ratschläge, die die Banken im Zusammenhang mit finanziellen Transaktionen ihrer Kunden erteilen, sollen in der vorliegenden Untersuchung der Rat bei der Vermögensanlage[1)] und die Kreditauskunft Berücksichtigung finden. Ausschlaggebend für diese Auswahl waren Gesichtspunkte, die die rechtliche Bedeutsamkeit wie auch die Praxis der Banken betreffen: Die Kreditauskünfte spielen zwar in der Praxis, gemessen an der Zahl der übrigen Bankgeschäfte, nur eine untergeordnete Rolle, da die Kreditinstitute sie nur sparsam erteilen; die rechtliche Haftungsproblematik ist jedoch u.a. schon aufgrund der Anzahl der Beteiligten - mindestens drei, bei Einschaltung einer zweiten Bank sogar vier - und der unter ihnen bestehenden Verbindungen interessant. Dagegen gründen sich die Haftungsprobleme bei der Beratung zur Vermögensanlage nur auf ein Verhältnis zwischen zwei Beteiligten - Berater und Beratener -; in der Praxis stellt jedoch die Kundenberatung auf diesem Sektor (meistens in Verbindung mit dem Abschluß der Geschäfte) einen der Hauptwirkungskreise der Banken dar.

---

1) z.B. Kauf von Wertpapieren oder Beteiligung an Wirtschaftsunternehmen durch Leistung von Einlagen; vgl. zur letzteren Form der Vermögensanlage BGH WM 1973, 164, 166.

2) Abgrenzung und Definition der Begriffe "Rat" und "Auskunft"

Da die Begriffe "Rat" und "Auskunft" in den Gesetzen zwar häufig erwähnt, nicht aber erklärt werden, sollen sie im folgenden unter Berücksichtigung des allgemeinen Sprachgebrauchs anhand verschiedener Kriterien voneinander abgegrenzt werden.

Der wesentliche Unterschied zwischen Rat und Auskunft besteht darin, daß es sich bei dem Rat um eine subjektive, bei der Auskunft um eine objektive Äußerung handelt.

Charakteristisch für den Ratschlag ist zunächst eine dem Ratsuchenden gegenüber geäußerte Bewertung bestehender Tatsachen; nicht erforderlich ist es, daß die Tatsachen selbst mitgeteilt werden. Die Bewertung erfolgt speziell im Hinblick auf die Situation der jeweils Rat suchenden Person. Während also das objektive Moment der Kenntnisvermittlung stark zurücktritt oder sogar völlig fehlen kann, ist das subjektive Moment der Bewertung für den Rat von wesentlicher Bedeutung. Dies wird insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache verständlich, daß die um Rat gefragte Person immer wegen ihrer persönlichen (= subjektiven) Kenntnisse und Fähigkeiten, die sie hat oder aufgrund ihrer gesellschaftlichen oder beruflichen Stellung in den Augen der Ratsuchenden zu haben scheint, um Rat gebeten wird.

Aber das subjektive Moment bestimmt nicht allein das Wesen des Rates; hinzukommen muß noch ein sog. "imperatives

Moment"[2]. Darunter ist eine unverbindliche Aufforderung an den Ratsuchenden zu verstehen, er möge sich dem Rat entsprechend verhalten[3]. Die freie Willensentscheidung bezüglich des "Ob und Wie" seines künftigen Handelns bleibt dem Ratempfänger also erhalten.

Die beiden für den Rat typischen, in der Praxis kaum trennbaren Merkmale - das subjektive und das imperative Moment - fehlen bei der Auskunft. Der Auskunftsuchende wird lediglich über Tatsachen, die ihm bislang unbekannt waren, aufgeklärt und unterrichtet. Die Bewertung dieser Tatsachen muß der Auskunftsempfänger selbst vornehmen. Im Gegensatz zum Ratempfänger, der sich einer Fremdbeeinflussung durch den Ratgeber aussetzt, muß sich der Auskunftsempfänger also geradezu "selbst beeinflussen".

Im Ergebnis stellt sich somit die Auskunft im Verhältnis zum Rat weniger als ein aliud, sondern vielmehr als ein minus dar: Während die Tatsachen bzw. ihre Mitteilung die Auskunft schlechthin ausmachen, bilden sie bei der Erteilung eines Ratschlages die Grundlage für eine subjektive Äußerung. Daneben liegt die größte Gemeinsamkeit von Rat und Auskunft in ihrer Eigenschaft als Hilfe zur Willensbildung des Empfängers; sehr treffend ist die Bezeichnung "unterstützende Mitteilungen"[4]. Damit sind Rat und Auskunft zugleich auch Grundlage des nach erfolgter Willensbildung einsetzenden Verhaltens des Empfängers.

---

2) E. Wolff S. 8
3) Vgl. hierzu:
   Sefrin S. 5;
   Stehling S. 5;
   Suhr S. 14o;
   E. Wolff S. 8
4) Floerke S. 7

Nachdem die Unterschiede und Gemeinsamkeiten der in Frage stehenden Begriffe aufgezeigt sind, lassen sich Rat und Auskunft folgendermaßen definieren:

Der Rat[5] ist eine

> "Erklärung, durch die einem anderen zu erkennen gegeben wird, welches Verhalten man für ihn in seiner Lage für das günstigste halte und an seiner Stelle selbst wählen würde, verbunden mit der für den Empfänger unverbindlichen Aufforderung, sich der Erklärung entsprechend zu verhalten."(6)

> "Die Auskunft ist ... eine Mitteilung tatsächlicher Umstände, vor allem über Personen, Sachen oder Verhältnisse jeglicher Art."(7)

II) Der Anlagerat

Angesichts der zahlreichen Möglichkeiten, Geld anzulegen, ist es heutzutage eine der wichtigsten Aufgaben, ja es ist geradezu eine kaufmännische Pflicht des Bankiers, dem jeweiligen Interessenten, dessen Sachverstand nur selten ausreicht, eine fachmännische Beratung zuteil werden zu lassen; ohne sie würden wohl kaum Geschäftsabschlüsse zustande kommen. Die schwierige Situation

---

5) In diesem Zusammenhang sei zur Vervollständigung noch die "Empfehlung" erwähnt. Bei ihr handelt es sich um einen Rat im positiven Sinne: Es werden vorwiegend die guten Eigenschaften von Personen und Sachen hervorgehoben, so daß letztlich zwischen Rat und Empfehlung nur ein gradueller Unterschied besteht. Vgl. hierzu Dulier S. 1 f, Gieschen S. 10, Stehling S. 5, Winkler S. 4.

6) Suhr S. 140

7) Suhr S. 140;
vgl. zur Abgrenzung zwischen Rat und Auskunft auch Paul S. 27 ff und Schmitt in ZHR Bd. 70, 266 ff.

eines Bankkunden, der Geld anlegen will, soll im folgenden am Beispiel des Wertpapierinteressenten kurz verdeutlicht werden: Führt man sich die zahlreichen, gleichzeitig zu berücksichtigenden Faktoren vor Augen, die über Erfolg oder Mißerfolg eines Wertpapierkaufs entscheiden, so muß der Wertpapierkunde zunächst zwischen Aktien, Investment-Zertifikaten sowie zwischen festverzinslichen und unverzinslichen Papieren unterscheiden. Alsdann sind bei den einzelnen Wertpapiergruppen verschiedene Kriterien zu beachten. So bei den festverzinslichen Papieren die einzelnen Arten (z.B. Industrieobligationen, Hypothekenpfandbriefe), die Größe des Angebots, Zinssätze und Laufzeiten der einzelnen Papiere. Bei den Aktien sind neben dem Umfang des Angebotes u.a. folgende Gesichtspunkte zu beachten: Nennwerte, Kurse, Dividenden und besonders die Aussichten der verschiedenen Aktiengesellschaften, nach der derzeitigen oder zu erwartenden Wirtschaftslage im In- und Ausland wettbewerbsfähig zu bleiben oder zu werden. Um dies näher ergründen zu können, ist es erforderlich, die Wirtschaftspolitik der einzelnen Unternehmen auf den wichtigsten Gebieten (Finanzen, Investitionen, Personal, Produktion) genau zu verfolgen und schon über einen längeren Zeitraum verfolgt zu haben.

Diese kurze Übersicht gibt schon einen Einblick in die Vielfalt der mit einem guten Wertpapierkauf zusammenhängenden Fragen und Probleme, die die Materie insgesamt "schroff" und "spröde" erscheinen lassen. Daß ein Laie überfordert ist, wenn er beim Kauf von Wertpapieren oder auch bei einer anderen Vermögensanlage diffizile

Überlegungen im oben aufgezeigten Umfang anstellen soll, steht außer Zweifel. Aus diesem Grunde wird auch der Bankier, der dem Kunden einen Anlagerat verweigert, eine Ausnahme bleiben.

Bei der Erteilung eines Rates wird von dem Bankier aufgrund seines Sachverstandes verlangt und erwartet, daß er die für die Beurteilung der wirtschaftlichen und finanziellen Qualität eines Anlageobjekts erforderlichen Kenntnisse hat oder sich doch zumindest diese Kenntnisse aufgrund seines Berufes leichter als der Durchschnittskunde verschaffen kann. Er muß einen Überblick über die verschiedenen Wirtschaftszweige haben, aber auch die Wünsche des Kunden und dessen Persönlichkeit berücksichtigen. So muß der Bankier während der Beratung, die gewöhnlich mehr einem Gespräch als einer Belehrung gleicht, versuchen, sich von den Kenntnissen und der Kapitalkraft des zu Beratenden einen Eindruck zu verschaffen. Wenn der Bankier der Ansicht ist, daß ein beabsichtigtes Anlagegeschäft zur Finanzkraft des Anlagewilligen in erkennbarem Mißverhältnis steht, so erwartet der Kunde, daß der Bankier ihn auf die Gefahren hinweist und darüber aufklärt.

III) Die Kreditauskunft

1) Definition und Bedeutung für die Beteiligten

Unter einer Kreditauskunft versteht man eine Auskunft,

die ein Kreditinstitut im Privatrechtsverkehr[8] über die wirtschaftlichen Verhältnisse eines seiner Kunden erteilt. Charakteristisch für die Kreditauskunft ist einmal, daß es sich bei ihrer Erteilung um einen Vorgang rein tatsächlicher, nicht rechtsgeschäftlicher Art handelt[9]; zum anderen wirken immer mindestens drei - gegebenenfalls sogar vier - Beteiligte aktiv oder passiv bei der Auskunftserteilung mit.

Da ist zunächst der Anfragende - häufig ein Kaufmann -, der mit seinem an die Bank gerichteten Auskunftsersuchen das gesamte mit der Erteilung einer Kreditauskunft zusammenhängende Verfahren auslöst. Der direkte "Gegenspieler" des Anfragenden ist der nur passiv beteiligte Angefragte[10]. Über seine wirtschaftlichen Verhältnisse gibt das ersuchte Kreditinstitut dem Anfragenden Auskunft. Die Bank steht also als "Vermittler" zwischen den beiden Hauptbeteiligten. Sofern diese zu verschiedenen Kreditinstituten Geschäftsverbindungen unterhalten, kommt noch eine zweite Bank als vierter Beteiligter hinzu.

Einen engen Zusammenhang mit einem bestimmten Bankge-

---

8) Hierdurch wird die Auskunftserteilung im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlicher Tätigkeit (z.B. Strafprozeß, Steuerfahndung) ausgeschieden.

9) Diese Charakterisierung ist nicht mit der Frage zu verwechseln, ob die Erteilung der Kreditauskunft zwischen der Bank und dem Anfragenden auf vertraglicher Basis erfolgt.

10) Dieser sprachlich verunglückte Ausdruck ist in Rechtsprechung, Literatur und Bankpraxis seit langem eingebürgert, so daß es nicht sinnvoll erscheint, hier davon abzugehen. Zudem erscheint es geradezu unmöglich, das "Objekt der Anfrage" mit e i n e m Wort besser zu umschreiben.

schäft - wie er auf dem Wertpapiersektor zwischen Rat und nachfolgendem Geschäftsabschluß besteht - findet man bei der Erteilung einer Kreditauskunft nicht. Sie fördert nicht Vorbereitung, Abschluß oder Durchführung eines Geschäftes zwischen der Bank und dem Anfragenden, sondern zwischen diesem und dem Angefragten. Die Bank vermittelt dem Anfragenden lediglich Kenntnisse über Tatsachen, die die Kreditwürdigkeit und Zahlungsfähigkeit des Angefragten betreffen. Unter Berücksichtigung der ihm mitgeteilten Tatsachen entscheidet der Anfragende dann, ob - und gegebenenfalls in welcher Höhe - er dem Angefragten z.B. einen Kredit gewährt.

Das vom Anfragenden beabsichtigte Vorhaben kommt häufig - neben dem eigentlichen Auskunftsersuchen - im Wortlaut der Anfrage zum Ausdruck; der Anfragende erwartet von der Bank, daß sie bei einer eventuellen Erteilung der Auskunft die beigefügten Angaben berücksichtigt. Als Beispiel möge der Wortlaut folgender Kreditanfrage dienen:

> "Wir erbitten eine Auskunft über die Firma X. Es ist eine Kreditierung über 6 Monate bis zu DM 100.000,-- vorgesehen." (11)

Eine allgemein gefaßte Anfrage lautet etwa so:

> "Wir bitten Sie um die Gefälligkeit, uns über Art und Umfang des Geschäftsbetriebes, Ruf, Vermögens- sowie Inhaberverhältnisse und Kreditfähigkeit der vorstehend genannten Firma eine möglichst genaue Auskunft zu erteilen." (12)

---

11) Stolz S. 20
12) aus dem Formular einer Großbank

D i r e k t e r Anlaß für ein Auskunftsersuchen dieser oder ähnlicher Art ist - wie oben schon angedeutet - in der Regel ein geplanter oder schon unmittelbar bevorstehender Geschäftsabschluß mit dem Angefragten.

I n d i r e k t e r Anlaß für ein Auskunftsersuchen ist letztlich immer das Interesse des Anfragenden an der Wirtschafts- und Finanzkraft, am Bestand des eigenen Unternehmens. Soweit es in der eigenen Macht steht, soll das Unternehmen vor Nachteilen bewahrt werden. Dazu können auch bei der Bank eingeholte Auskünfte über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die finanzielle Seriosität der Geschäftspartner beitragen.

Für den Angefragten ist die Erteilung einer Kreditauskunft oft genauso bedeutsam wie für den Anfragenden; die Interessenlagen beider können nicht als grundsätzlich verschieden bezeichnet werden: Wie der Anfragende so hat auch häufig der Angefragte ein Interesse daran, alte Geschäftsverbindungen im Sinne einer Erweiterung zu vertiefen und neue Geschäftskontakte anzuknüpfen. Zur Verwirklichung dieser Ziele kann der Angefragte einen Teil selbst beitragen, indem er seine Bankverbindung als Referenz aufgibt. Hierdurch kann der eine Geschäftspartner den anderen anregen, eine Kreditauskunft einzuholen.

Der wesentlichste Unterschied zwischen der Situation des Anfragenden und der des Angefragten besteht darin, daß letzterer nur passiv beteiligt ist und sich gegen eine über ihn erteilte Auskunft nicht verteidigen kann.

Denn der Angefragte erfährt in der Regel nicht, ob und gegebenenfalls wann über ihn eine Auskunft erteilt wird; er ist deshalb schutzwürdig. Der Schutz, der ihm zukommen muß, um ihn vor einer allzu freizügigen Auskunftserteilung der Bank zu bewahren, darf jedoch eine gewisse Grenze nicht überschreiten. Diese Grenze wird bestimmt durch den Zweck der Kreditauskunft und die Absicht, mit der der Anfragende gerade an die Bank des Angefragten und nicht an ihn selbst herantritt: Der Anfragende möchte eine möglichst objektive, vom Angefragten völlig unbeeinflußte Auskunft erhalten. Es ist deshalb mit dem Wesen der Kreditauskunft nicht vereinbar, daß der Angefragte von Anfrage oder Auskunft benachrichtigt oder sogar zu eigener Stellungnahme aufgefordert wird[13]. Der dem Angefragten zuteil werdende Schutz darf sich nur in der Qualität und Quantität der über ihn mitgeteilten Tatsachen auswirken.

2) Begrenzung durch das Bankgeheimnis

Der Schutz des Angefragten wird durch die Beachtung des in Rechtsprechung[14] und Literatur[15] anerkannten Bankgeheimnisses verwirklicht. Unter dem Bankgeheimnis versteht man die Verpflichtung einer Bank zur Geheimhal-

---

13) Schütz S. 203
14) stellvertretend für eine große Anzahl weiterer Quellen:
RGZ 139, 103, 105;
OLG Karlsruhe NJW 1971, 1042
15) stellvertretend für eine große Anzahl weiterer Quellen:
Ratz in RGRK z. HGB, Rdnr. 22 des Anh. zu § 349 HGB;
Schütz S. 203;
Sichtermann S. 127 f;
Cordes in BB 1949, 90

tung aller Tatsachen, die ihr über einen Kunden aufgrund des Geschäftsverkehrs mit diesem bekanntgeworden sind[16]. Rechtsgrundlage des Bankgeheimnisses ist das einzelne (vor-)vertragliche Schuldverhältnis, das zwischen dem Bankier und seinem Kunden zustandekommt. Innerhalb dieses Schuldverhältnisses stellt sich die Verschwiegenheitspflicht als "ergänzende Leistungspflicht nach Treu und Glauben (§§ 242, 157 BGB, 347 HGB)"[17] dar.

Neben dem einzelnen Schuldverhältnis findet das Bankgeheimnis eine weitere rechtliche Stütze in den Artikeln 1 und 2 des Grundgesetzes[18]. Die durch diese Normen verkörperte objektive Wertordnung verbietet es u.a. auch, Tatsachen über eine Person bekanntzugeben, die ihre Privat- und Intimsphäre betreffen. Dazu gehören auch Auskünfte über die Kapitalkraft und Bonität eines Bankkunden[19]. In diesem Bereich des beruflichen Alltags soll das Bankgeheimnis dazu beitragen, die Menschenwürde und das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu wahren[20].

---

16) Pikart in WM 1957, 1238, 1242;
Schraepler in NJW 1972, 1936;
ähnlich auch Achterberg-Lanz (Stichwort "Bankgeheimnis"), die das Bankgeheimnis in zwei Bestandteile aufgliedern: Pflicht zur Geheimhaltung (wie oben) und das Recht der Banken, Auskünfte über die Verhältnisse eines Kunden zu verweigern.

17) Sichtermann S. 99

18) v. Treyer in DtSpZ Nr. 66 vom 29.8.1962, S. 2

19) Zu diesem Ergebnis gelangt man, wenn man die Kreditauskunft mit Tatbeständen wertend vergleicht, die die Rechtsprechung zu der durch das Grundgesetz geschützten Privat- und Intimsphäre rechnet (z.B. Aufzeichnungen vertraulichen Charakters in BGHZ 13, 334, 339 und BGHZ 15, 249, 257 f).

20) Teilweise hat das Bankgeheimnis bereits eine gesetzliche Normierung erfahren, so z.B. unter dem Titel "Amtsverschwiegenheit" in § 21 SpkG NW.

Die Beachtung des Bankgeheimnisses erfordert es aber nicht, daß überhaupt keine Angaben über den Kunden gemacht werden dürfen. Insofern ist das Bankgeheimnis weniger streng als das Berufsgeheimnis der Ärzte und Rechtsanwälte. Es hat sich vielmehr in Bankkreisen die Übung herausgebildet, in Aussage und Umfang begrenzte Kreditauskünfte zu erteilen. Wenn Schönle[21] fordert, diese Auskünfte dürften nur positive Fakten enthalten, anderenfalls die Banken im Interesse ihrer angefragten Kunden eine Zustimmung zur Auskunftserteilung einholen oder - wenn dies mit dem Wesen der Kreditauskunft unvereinbar sei - auf eine Auskunftserteilung verzichten müßten, so muß dieser Ansicht widersprochen werden. Zwar kann sich Schönle auf den präambelähnlichen Vorspann zu "I. Allgemeines" der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken stützen, wo es heißt, "daß die Bank ... das Interesse des Kunden wahrt". Von diesem Wortlaut ausgehend, ist es jedoch verfehlt anzunehmen, eine Auskunftserteilung erfolge nur dann "im Interesse" des Angefragten, wenn die Auskunft Positives beinhalte. Vielmehr handelt die Bank schon immer dann "im Interesse", wenn sie überhaupt eine Auskunft erteilt. Dabei wird die Bank zwar in den Fällen, in denen Negatives über den Angefragten mitzuteilen ist, dieses in schonender und zurückhaltender Form zum Ausdruck bringen[22]. Aber überhaupt keine Aus-

---

21) § 5 II 2 b

22) Dies meint auch der von Wilhelm Schimmelpfeng geprägte, bei Windolph (NJW 1959, 1166) zitierte Grundsatz "Mut zur Wahrheit, aber Milde in der Form". Das Oberlandesgericht Köln (WM 1973, 1125, 1126) spricht in diesem Zusammenhang von Auskünften, "die die Bank über Kunden gibt, um damit zu verschleiern, daß sie es ablehnt, über den in schlechten wirtschaftlichen Verhältnissen lebenden Kunden eine Auskunft zu erteilen". Vgl. hierzu auch LG Hamburg Spark 1955, 223 f.

kunft zu erteilen, was prima facie als wertneutrale "Aussage" der Bank gedeutet werden könnte, entspricht in der Praxis nicht den Interessen des Angefragten. Denn die Lese- und Verständnisgewohnheiten der Anfragenden haben sich dahin entwickelt, daß aus einer Auskunftsverweigerung gewöhnlich der Schluß gezogen wird, die Bank könne über den Angefragten nichts Günstiges, wolle aber auch nichts Ungünstiges mitteilen. Allein der Tatsache also, d a ß eine Auskunft erteilt wird, wird derart viel Bedeutung beigemessen, daß nach entsprechender Anfrage die Verweigerung einer Auskunft die Maßnahme ist, die den Interessen des angefragten Kunden am wenigsten gerecht wird.

Inwieweit eine Referenzaufgabe durch den Angefragten das hier beschriebene Ob und Wie einer Auskunftserteilung beeinflussen kann, ist in der Literatur sehr umstritten. Einige Autoren[23] vertreten - geleitet von der Entscheidung des Reichsgerichts vom 8. November 1930[24] - die Ansicht, daß das Kreditinstitut eine generelle Entbindung von der Schweigepflicht immer dann voraussetzen kann, wenn der Kunde selbst das Kreditinstitut als Referenz aufgegeben hat. Dagegen vertreten andere[25] den Standpunkt, die Referenzaufgabe sei auf die Verschwiegenheitspflicht des Bankiers gänzlich ohne Einfluß. In der Praxis gebe der Kunde die Bank deshalb als Referenz auf, weil es sich für einen Kaufmann, der etwas auf sich hält, gehöre, mit einer Bank zu arbeiten, die Dritten

---

23) Cordes in BankA 1933/34, 161 und in BB 1949, 90; Sprengel in Spark 1955, 131, 132
24) BankA 1930/31, 245 f
25) Koch (AGB) S. 217; Jacusiel in BankA 1914/15, 221, 224

gegebenenfalls über seine Vermögensverhältnisse berichten könne. Auf keinen Fall willige der Kunde durch eine Referenzaufgabe aber in eine freimütige Berichterstattung der Bank über seine Geschäftsbeziehungen und Vermögensverhältnisse ein[26].

Der letzteren Ansicht ist der Vorzug zu geben, da sie einer Referenzaufgabe die geringe Bedeutung beimißt, die ihr - als Anregung für eine Kreditanfrage des Anfragenden bei der Bank des Angefragten - heute tatsächlich nur noch zukommt. Die Banken erteilen nämlich - wie oben schon ausgeführt - aufgrund ihrer Übung auch dann Kreditauskünfte, wenn die Angefragten keine Referenz aufgegeben haben. Auch für den Umfang einer Kreditauskunft ist eine Referenzaufgabe grundsätzlich ohne Bedeutung. Wenn die Banken in den Fällen vorheriger Referenzaufgabe auch vielleicht ungezwungener und freier Kreditauskünfte erteilen als in den Fällen, in denen der betreffende Angefragte keine Referenz aufgegeben hat, so bedeutet dies doch nicht, daß die Banken auch umfassender Auskunft erteilen. Insbesondere reicht - im Gegensatz zu der oben[27] zuerst dargestellten Ansicht - eine Referenzaufgabe niemals für die völlige Entbindung des Bankiers von seiner Verschwiegenheitspflicht aus. Hierzu ist vielmehr eine ausdrückliche Äußerung des angefragten Kunden gegenüber dem Bankier erforderlich[28].

---

26) Koch (AGB) S. 217
27) S. 14
28) Schönle § 5 II 2 b

3) Form und Inhalt

Mit der Übung, d a ß Kreditauskünfte erteilt werden, hat sich gleichzeitig eine Übung entwickelt, w a s mitgeteilt wird und i n w e l c h e r F o r m es mitgeteilt wird. Die Banken befinden sich bei der Auskunftserteilung gleichsam auf einer "Wanderung auf schmalem Grat". Dies gilt vornehmlich für die Fälle, in denen die Bank über Personen oder Firmen Auskunft geben soll, die sich in schlechten wirtschaftlichen Verhältnissen befinden. Das Dilemma liegt in der gleichzeitigen Beachtung so unterschiedlicher Interessen, wie sie der Anfragende und der Angefragte vertreten. Während der Angefragte an der Wahrung des Bankgeheimnisses interessiert ist, möchte der Anfragende eine möglichst detaillierte, wahrheitsgemäße Auskunft erhalten. Sehr treffend umschreibt Koch[29] die Interessenkollision, in die die Banken bei der Auskunftserteilung geraten können, mit folgenden Worten:

> "Zwischen der Scylla der Kundenschädigung bzw. des Bruches des Vertrauensverhältnisses und der Charybdis der vorsätzlich falschen Auskunftserteilung hat die Bank zu wählen."

Das Bestreben der Kreditinstitute, die Interessen des Anfragenden und die des Angefragten gleichmäßig zu berücksichtigen, hat in der Praxis dazu geführt, daß fast ausschließlich allgemeine, - oberflächlich betrachtet - nichtssagende Kreditauskünfte erteilt werden. Die Bezeichnungen, die solchen Auskünften im wissenschaftlichen

---

29) (Banken) S. 309

Schrifttum beigelegt werden, reichen vom "Delphischen Orakel"[30] bis zu "Sibyllinischen Wahrsagungen"[31].

Die Kreditauskünfte sind zwar an keine Form gebunden; dennoch haben sie im Laufe der Zeit ein bestimmtes Gepräge erhalten: Detailangaben wie z.B. Daten und Zahlen über den Stand von Soll und Haben, in Anspruch genommene Kredite und bestehende Wertpapierdepots fehlen fast immer; üblich sind nur allgemeine Angaben und Formulierungen, die sich im Laufe der Zeit schon zu Floskeln abgeschliffen haben. Die Bedeutung dieser Floskeln ist oft so weit gemindert, daß dem Nichtgeschriebenen ein größerer Wert als dem Geschriebenen zukommt. Der Anfragende muß also "zwischen den Zeilen" lesen können.

Trotz der immer wiederkehrenden Wendungen ist etwas Individualität noch dadurch gewahrt, daß es für die Kreditauskünfte an Private keine Formulare mit vorgedruckten Aussagen gibt. Jede Kreditauskunft muß also neu abgefaßt werden. Formulare würden zudem die Gefahr mit sich bringen, daß der Auskunftssuchende unberechtigte Rückschlüsse auf die Kreditwürdigkeit des Angefragten daraus zieht, daß einzelne im Formular vorgedruckte Klauseln von der Bank als "nichtzutreffend" gestrichen worden sind.

Die Kreditauskunft muß in möglichst schonender Form abgefaßt werden; das gilt insbesondere, wenn kreditmindernde Tatsachen mitgeteilt werden sollen. In diesen

---

30) Gadow in DJ 1933, 813
31) J. Wolff in AG 1968, 286, 288

Fällen genügt in der Regel eine Andeutung, damit der Auskunftsempfänger so vorsichtig disponiert, daß er keinen Schaden erleidet. Häufig wird die Kreditauskunft von einer Schönfärbung bestimmt sein, die den Angefragten in einem besseren Licht erscheinen läßt als er es vielleicht verdient. Da die Schönfärbung heute schon praxisüblich ist, wird der Anfragende die Auskunft von vornherein sehr kritisch aufnehmen müssen. Unzulässig ist eine solche Färbung jedoch immer dann, wenn sie in Verfälschung, Entstellung oder Unvollständigkeit umschlägt, die geeignet ist, den Anfragenden über die wahren finanziellen Verhältnisse des Angefragten zu täuschen, oder dies sogar beabsichtigt[32].

Zur Verdeutlichung der Auskunftspraxis seien im folgenden einige in Literatur und Rechtsprechung zitierte Beispiele für Kreditauskünfte angeführt[33]. Es handelt sich hierbei ausschließlich um Kreditauskünfte, die an Privatpersonen erteilt wurden.

> "Herr ... arbeitet mit uns auf Guthabenbasis, so daß wir keine Veranlassung hatten, Einblick in seine Verhältnisse zu nehmen. Kredite werden bei uns nicht in Anspruch genommen."(34)

> "Mit der 1931 gegründeten Firma ... stehen wir seit einigen Jahren in angenehmer Geschäftsverbindung. ... Wertvoller Grundbesitz, der nur mäßig belastet ist, ist vorhanden. Wir gewähren Kredit auf gedeckter Grundlage ... ."(35)

---

32) RG JW 1938, 1272
33) Es wird besonders auf die zahlreichen Beispiele bei Stolz (S. 87 ff) hingewiesen.
34) Sichtermann S. 332
35) Barchewitz S. 28

"X gilt als tüchtiger Kaufmann, der persönlich sparsam und fleißig ist. Durch Verluste im Auslande in eine etwas reichlich bedrängte Lage geraten, ist es ihm nach längeren Verhandlungen gelungen, zu einem Abkommen mit seinen Gläubigern zu gelangen, das ihm gestattet, aus dem Betriebsgewinn alten Forderungen langsam gerecht zu werden. X arbeitet mit uns auf gedeckter Basis. Wir glauben, daß X sich herausarbeiten wird."(36)

"Obige, handelsgerichtlich eingetragene Firma steht mit mir schon seit Jahren in angenehmer Geschäftsverbindung. Die getroffenen Abmachungen sind stets eingehalten worden, und ich bin bisher immer in der Lage gewesen, die Dispositionen der Firma auf mich zu honorieren. Einen vollen Einblick in die Verhältnisse habe ich nicht. Bisher habe ich die Beobachtung gemacht, daß sich die Firma nur im Rahmen ihrer Mittel engagiert. Den alleinigen Inhaber, Herrn H., halte ich für einen fleißigen, vorsichtigen und in seiner Branche durchaus erfahrenen Kaufmann, dem ich aufgrund meiner langjährigen Beobachtungen Vertrauen entgegenbringe."(37)

Unterhalten der Anfragende und der Angefragte zu verschiedenen Kreditinstituten geschäftliche Beziehungen, so ist am Verfahren der Auskunftserteilung gewöhnlich noch eine zweite Bank beteiligt. Die Hausbank des Anfragenden holt die Auskunft über den Angefragten bei dessen Hausbank ein. Im Verkehr der Banken untereinander werden die wirtschaftlichen Verhältnisse des Angefragten in der Regel deutlicher offengelegt, als im Verkehr der Bank mit einer anfragenden Privatperson. Das gilt insbesondere für die Bekanntgabe konkreter Zahlen über die Höhe von Umsatz und Gewinn, Kreditlinien usw. Dazu folgende Beispiele:

---

36) Arnold in ZblHR 1930, 203
37) RG BankA 1934/35, 440

"Wir stehen mit Herrn X seit Jahren in angenehmer Geschäftsverbindung. Herr X ist in leitender Stellung bei der Firma Y in der Verwaltung für Übersee in Brüssel beschäftigt. Unseres Wissens belaufen sich seine Gehaltsbezüge auf mindestens DM 4.000,--. Aus verschiedenen verwerteten Patenten konnte Herr X sich Rücklagen bilden, die sich in der Größenordnung um DM 100.000,-- bewegen. Wir glauben nicht, daß Herr X Verbindlichkeiten eingehen wird, die zu erfüllen er nicht in der Lage ist."(38)

"... Alle Umsätze werden über uns getätigt und betragen für 1962 bis jetzt 2,4 bis 2,6 Millionen ..."(39)

"... unter Berücksichtigung der in Aussicht stehenden günstigen Aufträge den angefragten Kredit von DM 50.000,-- für zulässig halte ..."(40)

Teilweise gibt es für den bankinternen Auskunftsverkehr bereits Formulare. Um ein abgerundetes Bild der möglichen Auskünfte zu geben, seien im folgenden einmal sämtliche Klauseln eines solchen Formulars[41] aufgeführt. Die einzelnen Punkte können durch Kennzeichnung zum Inhalt der Auskunft gemacht werden:

"I. Geschäftsverbindung / Kontoführung

1. Zu uns besteht seit ... Geschäftsverbindung.
2. Das Konto wird auf Guthabenbasis geführt.
3. Wir haben einen Blanko/gedeckten Kredit gewährt, der voll/nur selten/teilweise in Anspruch genommen wird.
4. Es werden vorübergehende Überziehungen beansprucht.
5. Wir hatten bisher keine Veranlassung, näheren Einblick in die finanziellen Verhältnisse zu nehmen.

---

38) Auskunft unter Filialen derselben Bank
39) BGH VersR 1971, 271
40) BGH Spark 1957, 190
41) Es handelt sich hierbei um das Formular Nr. 191531 des Deutschen Sparkassenverlags.

6. Das Konto ist unbedeutend und läßt keine Schlüsse auf die finanziellen Verhältnisse des Kontoinhabers zu.
7. Es werden ... Umsätze getätigt.
8. U.W. wird noch ein Konto bei der ... geführt.
9. Zu uns besteht keine Geschäftsverbindung. Wir bedauern daher, die Auskunft nicht erteilen zu können.
10. Die Bankverbindung ist uns nicht bekannt.

II. Kreditwürdigkeit

11. Über Ruf und Charakter ist uns Nachteiliges nicht bekanntgeworden.
12. Der Angefragte gilt als fleißig und vertrauenswürdig.
13. Er erfreut sich eines guten Rufs.
14. In persönlicher Hinsicht vermögen wir ein Urteil nicht abzugeben.
15. Der Betrieb wird umsichtig geleitet.
16. Der Betrieb hat sich nach unseren Beobachtungen ... entwickelt.
17. Die Gesamtverhältnisse des Unternehmens machen einen geordneten Eindruck.
18. Es werden etwa ... Angestellte und ... Arbeiter beschäftigt.
19. Der Angefragte ist u.W. an folgenden Unternehmen beteiligt: ...

III. Grundbesitz

20. U.W. ist ... Grundbesitz vorhanden.
21. Den Verkehrswert schätzen wir auf etwa ... DM.
22. Der Grundbesitz ist u.W. ... belastet.
23. Die derzeitigen Belastungen lassen sich nur durch Einsichtnahme in das Grundbuch feststellen.

IV. Kreditbeurteilung

24. Für den angefragten Betrag ist die Firma zur Zeit gut.
25. Der angefragte Betrag dürfte im Rahmen des Geschäftsumfanges liegen.
26. Eingegangene Verpflichtungen - auch in der angefragten Höhe - sind nach unseren Beobachtungen bisher pünktlich reguliert worden.

27. Wir glauben, daß nur erfüllbare Verpflichtungen eingegangen werden.
28. Die finanziellen Verhältnisse scheinen angespannt. Die Zahlungsweise ist daher schleppend.
29. Der angefragte Betrag erscheint uns im Hinblick auf die Kontenumsätze hoch.
30. Scheckrückgaben ließen sich nicht vermeiden.
31. Es wurden Wechselproteste beobachtet.
32. Eine Kreditgewährung ist Vertrauenssache.
33. Wir raten zur Vorsicht.
34. Da wir nur einen ungenügenden Einblick in die finanziellen Verhältnisse haben, müssen wir von einer betragsmäßigen Empfehlung absehen."

Bei einer Gesamtbetrachtung läßt sich feststellen, daß dieses Formular zwar viele Klauseln enthält, die auch Gegenstand einer Kreditauskunft der Bank an eine anfragende Privatperson sein können, einige Mitteilungen (z.B. Nr. 30, 31) gegenüber Privatpersonen aber wohl nur selten in dieser Deutlichkeit gemacht werden. Grundsätzlich geben die Banken und Sparkassen eine interne Auskunft auch nicht unverändert an ihren Kunden weiter.

C) Haftungsproblematik

I) § 676 BGB

Zentrale Vorschrift für die Haftung bei der Erteilung von Rat, Auskunft und Empfehlung ist § 676 des Bürger-

lichen Gesetzbuches[42]. Trotz der großen Bedeutung, die Rat und Auskunft für den Kundenverkehr der Banken haben, gibt es keine Spezialgesetze, die Haftungsnormen für falsche Rat- und Auskunftserteilung enthalten. Weder in den Spezialgesetzen für Kreditinstitute (z.B. Kreditwesengesetz, Sparkassengesetze) noch im Handelsgesetzbuch[43] oder in seinem Einführungsgesetz finden sich derartige Vorschriften. Auch ein die Rat- und Auskunftserteilung betreffendes Handelsgewohnheitsrecht besteht nicht[44]. Gemäß Art. 2 II EGHGB kann deshalb auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zurückgegriffen werden.

§ 676 BGB lautet:

> "Wer einem anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, ist, unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatze des aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet."

---

42) Die Auskunft ist zwar in § 676 BGB nicht erwähnt, wird jedoch von der h.M. (RG JW 1930, 254; RGZ 148, 286, 293; RGRK-Steffen, Rdnr. 1 zu § 676 BGB; Soergel-Siebert-Mühl, Rdnr. 1 zu § 676 BGB; Staudinger-Nipperdey, Rdnr. 4 zu § 676 BGB) dem Rat und der Empfehlung gleichgestellt. Dies geschieht vielfach mit Rücksicht auf Mot. II 554 (betrifft § 604 des Entwurfes erster Lesung zum BGB: "Der unaufgefordert oder auf Anfrage gegebene Rath, eine solche Auskunft oder Empfehlung sind an sich unverbindlich").

43) Es soll an dieser Stelle zunächst dahingestellt bleiben, ob die Vorschriften des HGB auf die Tätigkeit des Bankiers als Rat- und Auskunftgeber überhaupt anwendbar sind.

44) Vgl. hierzu die umfangreichen Ausführungen von Lauteschläger (S. 7 f) und Weiler (S. 15 ff).

Die Bedeutung dieser Vorschrift liegt vorwiegend in dem, was "zwischen den Zeilen" steht: § 676 BGB stellt klar, daß Rat und Empfehlung grundsätzlich nicht in der Absicht erteilt werden, eine rechtliche Verbindlichkeit hinsichtlich eines bestimmten Erfolges einzugehen. Von diesem aus der negativen Fassung des § 676 BGB gewonnenen Grundsatz gibt es jedoch in beträchtlichem Umfang Ausnahmen, deren Bedeutung für die Praxis des Rechtsverkehrs weitaus größer ist als die Bedeutung des § 676 BGB selbst[45].

II) Die vertragliche Haftung der Bank für eigenes Verschulden gegenüber dem Anfragenden

Die vertragliche Haftung der Bank für schuldhaft falsche Rat- oder Auskunftserteilung kommt in Betracht, wenn sich die Rat- bzw. Auskunftserteilung als Haupt- oder Nebenpflicht eines Vertrages darstellt oder wenn sie Bestandteil einer zwischen dem Bankier und dem Anfragenden bestehenden Geschäftsverbindung ist.

1) Auskunfts- und Raterteilung als Hauptpflicht eines Vertrages

a) Auskunftserteilung

aa) Zustandekommen des Vertrages

---

45) Sichtermann S. 329

Um dem Anfragenden gegen seine Bank einen vertraglichen Anspruch wegen schuldhafter Verletzung eines Vertrages über eine Auskunftserteilung zubilligen zu können, ist erste Voraussetzung, daß zwischen den Beteiligten ein entsprechender Vertrag zustandegekommen ist. Ausdrückliche Vertragserklärungen geben die Parteien in der Regel nicht ab. Der Abschluß eines Vertrages ist jedoch auch stillschweigend durch konkludentes Handeln möglich.

Befragt man die Beteiligten, so bejaht der anfragende Kunde in jedem Fall das Zustandekommen eines Vertrages, um bei Erteilung einer falschen Auskunft vom Bankier Schadensersatz verlangen zu können. Dagegen wird der auskunftgebende Bankier immer seinen Vertragswillen bestreiten, um bei Erteilung einer falschen Auskunft vom Kunden nicht in Anspruch genommen werden zu können. Angesichts dieser widersprüchlichen Stellungnahmen ist es zur Feststellung, ob zwischen dem Bankier und seinem Kunden ein Vertrag zustandegekommen ist, erforderlich, das Verhalten der Beteiligten auszulegen. Dabei ist es nicht nur eine Frage der Auslegung, welche Bedeutung ein Verhalten hat, das zweifelsfrei als Willenserklärung anzusehen ist, sondern vorrangig ist gegebenenfalls auch auszulegen, ob ein Verhalten überhaupt als Willenserklärung zu qualifizieren ist.

Gegen die Annahme, daß es sich bei dem ersten Satz der Nr. 1o AGB - "Die Bank steht dem Kunden nach bestem Wissen zu allen bankmäßigen Auskünften und Raterteilungen zur Verfügung" - um ein Angebot, also eine Willens-

erklärung der Bank handelt, spricht zwar nicht die allgemeine Fassung dieses Satzes, der sich an jeden potentiellen rat- und auskunftsuchenden Kunden richtet. Aus dem Wortlaut ("zur Verfügung stehen") ist jedoch ersichtlich, daß sich der Bankier rechtlich noch nicht binden will. Der Bankier will vielmehr erst die jeweilige Anfrage eines Kunden abwarten, um dann anschließend zu entscheiden, ob er einen Rat bzw. eine Auskunft erteilen will. Dies gilt insbesondere bei Kreditauskünften, die der Bankier nicht a n jeden und schon gar nicht ü b e r jeden erteilen will. Es handelt sich bei dem o.a. ersten Satz der Nr. 10 AGB deshalb lediglich um eine rechtlich unverbindliche Geste, die einer "invitatio ad offerendum" vergleichbar ist; es handelt sich nicht um ein Angebot zum Abschluß eines Auskunftsvertrages. Dieses Angebot liegt vielmehr in der Kreditanfrage des jeweiligen Kunden. Für den entsprechenden - das Angebot stützenden - Rechtsbindungswillen des Kunden spricht sein Interesse am Abschluß eines Vertrages, um den Bankier auf diese Weise zur Beachtung größerer Sorgfalt bei der Auskunftserteilung zu veranlassen und bei Schlechterfüllung vertragliche Ansprüche gegen ihn geltend machen zu können. Für die Fälle der Nichterfüllung ist davon auszugehen, daß der Kunde beabsichtigt, den Bankier auf Auskunftserteilung zu verklagen, sofern dieser eine verbindliche Zusage gegeben hat[46]. Somit ist eine Kreditanfrage als Angebot zum Abschluß eines Auskunftsvertrages anzusehen.

---

46) Daß derartige Klagen auf Auskunftserteilung in der Praxis selten vorkommen, liegt in der Weigerung der Banken begründet, mündlich oder schriftlich Zusagen über eventuelle später zu erteilende Kreditauskünfte zu geben.

Das Pendant zur Anfrage ist die Auskunft. Fraglich ist, ob der Bankier durch die Erteilung der Auskunft eine Rechtsfolge, nämlich den Abschluß eines Auskunftsvertrages herbeiführen will, ob der Bankier also bei der Auskunftserteilung mit Rechtsbindungswillen handelt. Um dies festzustellen, können als Hilfsmittel alle Umstände und Faktoren hinzugezogen werden, die unmittelbar oder mittelbar den jeweiligen Einzelfall prägen.

Der Ort der Auskunftserteilung kommt in der Regel als alleiniges Kriterium zur Feststellung des Rechtsbindungswillens des Bankiers nicht in Betracht. Denn der Bankier kann sich in den Räumen der Bank wie auch im Privatbereich durch eine Auskunftserteilung rechtlich verpflichten wie er auch eine Auskunft als rechtlich unverbindliche, persönliche Gefälligkeit erteilen kann.

Ein sicheres Anzeichen für den rechtsgeschäftlichen Charakter einer Auskunftserteilung ist die Vereinbarung der Zahlung eines Entgelts. Vereinbart der Anfragende mit dem Auskunftgeber für die von diesem erteilte Auskunft die Zahlung eines Geldbetrages, so kann man davon ausgehen, daß sich beide Beteiligte rechtlich verpflichten, also die Erteilung der Auskunft zum Gegenstand eines Vertrages machen wollen.

Wenn man Entgelt im herkömmlichen Sinne als konkrete Gegenleistung für eine erbrachte Leistung versteht[47], so kann aufgrund der täglichen Bankpraxis festgestellt

---

47) Gaede in NJW 1972, 926, 927

werden, daß die Zahlung eines Entgelts für die Auskunftserteilung nicht üblich ist.

Berücksichtigt man, daß Kreditauskünfte gewöhnlich nur an Personen erteilt werden, die bereits Kunden der Bank sind, so fragt es sich, ob nicht der Gewinn, den der Bankier aus Geschäften mit dem betreffenden Kunden erzielt, als Entgelt für die Auskunftserteilung angesehen werden kann. Diese Ansicht vertritt jedenfalls eine größere Anzahl Autoren[48)] mit etwa folgender Begründung: Der Begriff "Entgelt" dürfe nicht zu eng, d.h. nicht nur im juristischen Sinne als konkrete Gegenleistung für eine bestimmte Leistung verstanden werden. Vielmehr müsse man das Entgelt unter wirtschaftlichem Blickwinkel sehen. Dieses "wirtschaftliche Entgelt" bestehe in den Vorteilen aus bereits früher mit dem Auskunftsempfänger getätigten Geschäften und der Aussicht auf Vorteile aus künftigen Geschäftsabschlüssen.

Gegen ein derartiges Verständnis des Entgeltbegriffes bestehen jedoch Bedenken. Es brauchen zwar die Leistungen zweier Vertragspartner nicht objektiv, sondern nur subjektiv äquivalent sein; es braucht auch die von dem einen Vertragspartner zu erbringende Gegenleistung nicht geldwert zu sein. Dennoch darf bei einer rechtlichen Untersuchung das wirtschaftliche Moment des Entgelts gegenüber dem rechtlichen nicht überbetont werden. Die Ausdehnung des Entgeltbegriffes darf auf keinen Fall so

---

48) Brunswig in ZHR Bd. 56, 77, 82 f;
Cohn S. 19;
Potthast S. 13;
Sefrin S. 7;
Stehling S. 20;
Suhr S. 8

weit gehen, daß zwischen Leistung und Gegenleistung nur noch ein tatsächlicher, wirtschaftlicher Zusammenhang besteht und der rechtliche völlig fehlt[49]. Dies ist jedoch der Fall, wenn man die Gesamtheit der mit einem Kunden bereits abgeschlossenen und zukünftig noch abzuschließenden Geschäfte als Entgelt für die Erteilung einer Kreditauskunft ansieht. Bei einer derartigen Konstruktion hätten die v o r der Auskunftserteilung von dem anfragenden Kunden erbrachten Leistungen eine rechtlich nicht vertretbare Doppelfunktion zu erfüllen: Im Rahmen der einzelnen Bankgeschäfte wäre jede Einzelleistung des Kunden Entgelt für die entsprechende Gegenleistung des Bankiers. Außerdem wären aber alle Einzelleistungen noch Bestandteile der Gesamtheit der Geschäftsabschlüsse, die Entgelt für die Auskunftserteilung sein soll. So zu verfahren hieße, lediglich aus der Entgeltlichkeit gegenwärtiger Geschäfte auf die Entgeltlichkeit einer möglichen späteren Auskunftserteilung zu schließen.

Auch die n a c h der Auskunftserteilung mit dem Anfragenden möglicherweise abzuschließenden Geschäfte können nicht als Entgelt für die Auskunftserteilung angesehen werden. Abgesehen von der auch hier bestehenden Doppelfunktion der zukünftigen Leistungen des anfragenden Kunden, handelt es sich bei diesen Geschäftsabschlüssen um bloße Erwartungen. Ein Entgelt kann aus Geld, beweglichen und unbeweglichen Sachen, Arbeitsleistung, Nutzungen u.ä.

---

49) Vgl. hierzu:
Palandt-Putzo, Anm. 4 a zu § 516 BGB;
RGRK-Mezger, Rdnr. 9 zu § 516 BGB;
Staudinger-Ostler, Rdnr. 13 a zu § 516 BGB

bestehen, nicht aber aus Erwartungen, die aufgrund ihrer mangelnden Bestimmbarkeit den Anforderungen des rechtlichen Entgeltsbegriffes nicht genügen.

Zusammenfassend ist zu betonen, daß die erwähnten Geschäftsabschlüsse nicht als Gegenleistung für die Auskunftserteilung angesehen werden können; eine rechtliche Verknüpfung zwischen beiden "Leistungen" ist nicht vorhanden. Eine Aufweichung des rechtlichen Entgeltbegriffes - hervorgerufen durch die zu starke Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte - ist in diesem Zusammenhang sachfremd und deshalb unzulässig. Der juristische Entgeltbegriff knüpft an eine konkret vereinbarte Leistung bzw. Gegenleistung an. Letztere wird dem Bankier vom Auskunftsempfänger nicht gewährt, so daß die Auskunftserteilung unentgeltlich erfolgt; sie ist für den Bankier lediglich ein Motiv: Er "übt diese unentgeltliche Tätigkeit aus, um dadurch zu entgeltlicher zu gelangen"[50].

Aufgrund dieses Ergebnisses steht jedoch noch nicht fest, daß es sich bei der Auskunftserteilung um eine Gefälligkeit handelt. Wie das Bürgerliche Gesetzbuch zeigt, können auch unentgeltlich erbrachte Leistungen Gegenstand eines Vertrages sein (z.B. Schenkung, Leihe, Auftrag). Für die Feststellung, ob jemand eine Leistung in der Absicht erbringt, sich rechtlich verpflichten zu wollen, kann weiterhin das Eigeninteresse an der Leistungserbringung von Bedeutung sein. Grundsätzlich ist

---

50) v. Bleichröder S. 60 f;
ähnlich auch Potthast S. 10

davon auszugehen, daß der Leistende mit Rechtsbindungswillen handelt, wenn er selbst ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse daran hat, die betreffende Leistung zu erbringen[51].

Welches r e c h t l i c h e Interesse ein Bankier an einer Kreditauskunftserteilung haben sollte, ist nicht ersichtlich. Ein w i r t s c h a f t l i c h e s Interesse hat der Bankier hingegen immer dann, wenn er durch die Auskunftserteilung den Umsatz seiner Bank mittelbar fördern oder erreichen kann, daß der Anfragende aufgrund der Kreditauskunft dem Angefragten einen Kredit gewährt, mit dessen Hilfe der Angefragte dann seinen bei der Bank eventuell bestehenden Schuldsaldo abdeckt. Diese Fälle sind jedoch Ausnahmen. In der Regel erwachsen dem Bankier aus der Erteilung einer Kreditauskunft keine unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteile. Er vermittelt nur Geschäfte zwischen den Anfragenden und den Angefragten, ohne selbst irgendwelche Vorteile zu erlangen. Das Kriterium "eigenes rechtliches oder wirtschaftliches Interesse" ist deshalb ebenfalls ungeeignet, den Rechtsbindungswillen des Bankiers festzustellen.

Zu den Umständen, die für die Annahme des Rechtsbindungswillens des Bankiers ausreichen, gehören nach

---

51) BGHZ 21, 102, 107;
BGH WM 1962, 1110;
BGH WM 1965, 287;
Schlegelberger-Hefermehl, Rdnr. 35 zu § 347 HGB;
Soergel-Siebert-Mühl, Rdnr. 13 zu § 676 BGB;
Staudinger-Nipperdey, Rdnr. 15 zu § 676 BGB;
Pikart in WM 1966, 698, 700

ganz h.M.[52] die Möglichkeit, die Bedeutung einer Auskunft für den Auskunftsempfänger zu erkennen, und die Sachkunde des Bankiers. Da Kreditauskünfte fast ausschließlich erbeten werden, um von ihrem Inhalt wirtschaftliche Dispositionen abhängig zu machen, kennt der Bankier die generelle Bedeutung einer jeden von ihm erteilten Auskunft (Kennen = Wissenmüssen[53]). Häufig kommt das vom Anfragenden beabsichtigte Vorhaben schon im Text der Kreditanfrage zum Ausdruck[54]. Weiterhin ist es dem Bankier in der Regel erkennbar, daß der Kunde oft keine - oder zumindest doch keine besseren - Möglichkeiten hat, Erkundigungen ähnlicher Art an anderer Stelle einzuholen, und sich deshalb auf seine Auskunft verläßt. Und schließlich kommt als sehr wichtiges Moment noch folgendes hinzu: Die Übung der Banken, nur an "gute Kunden" Kreditauskünfte zu erteilen, setzt voraus, daß jeder Anfragende Konten und/oder Depots bei der betreffenden Bank unterhält. Aufgrund dessen sieht der Anfragende in seinem Bankier eine Vertrauensperson, die für ihn gewissermaßen das Amt eines "Vermögensverwalters" ausübt. Das dem Bankier aufgrund dieser Stellung entge-

---

52) Vgl. hierzu:
RG SeuffArch Bd. 80, Nr. 10;
BGH in ständiger Rechtsprechung, so u.a.:
BGHZ 7, 371, 374;
BGH WM 1972, 583, 584;
BGH WM 1973, 164, 165;
OLG Köln WM 1973, 1125, 1126;
Baumbach-Duden, Anm. 4 B zu § 347 HGB;
Ratz in RGRK z. HGB, Rdnr. 12 des Anh. zu § 349 HGB;
Schlegelberger-Hefermehl, Rdnr. 35 zu § 347 HGB;
Schönle § 5 II 2 c;
Gaede in NJW 1972, 926, 928;
Liesecke in WM 1970, 502, 510;
Pikart in WM 1966, 698, 700

53) Bleugels in JW 1933, 510 (Anm. zu RG JW 1933, 510 f)

54) Beispiel dazu auf S. 9

gengebrachte Vertrauen wirkt sich dann auch auf die Auskunftserteilung aus. Der Kunde geht nämlich davon aus, daß der Bankier die Auskunft mit der gleichen Sorgfalt erteilt, mit der er auch die sonstigen Geschäfte für ihn ausführt. Diese Erwartungen des Kunden kennt der Bankier. Es entspricht auch hier der Billigkeit, daß er diesen Erwartungen bei einer Auskunftserteilung Rechnung trägt.

Weitere Voraussetzung für die Annahme des Rechtsbindungswillens des Bankiers ist dessen Sachkunde. Während der Kunde als Laie kaum Möglichkeiten hat, das Handeln des Bankiers zu überprüfen, kann der Bankier als Fachmann aufgrund seines Wissens- und Informationsvorsprungs gegenüber dem Kunden auf dessen "finanzielles Wohl und Wehe" Einfluß nehmen. Diese ungleichen Positionen gebieten es dem Bankier insbesondere aus Billigkeitsgesichtspunkten, die Kreditauskunft mit der erforderlichen Sorgfalt zu erteilen und bei Mißachtung dieser Sorgfalt für sein Handeln einzustehen. Die Sachkunde wird zu Recht in Rechtsprechung[55] und Literatur[56] nur selten ausdrücklich erwähnt. Denn sie ist häufig Bedingung dafür, daß der Bankier die Bedeutung seiner Auskunft für den Auskunftsempfänger erkennen kann.

Im Ergebnis kann deshalb zusammenfassend festgestellt

---

55) BGH WM 1962, 1110;
BGH WM 1970, 1737

56) Schlegelberger-Hefermehl, Rdnr. 35 zu § 347 HGB;
Pikart in WM 1966, 698, 700

werden: Ist dem Bankier die wirtschaftliche Bedeutung der Auskunft für den Anfragenden erkennbar und ist er hinsichtlich der Auskunftserteilung besonders sachkundig, so ist davon auszugehen, daß der Bankier mit Rechtsbindungswillen handelt. In diesem Fall kommt zwischen dem Kunden und dem Bankier ein Auskunftsvertrag zustande.

Inhalt dieses Vertrages ist die auf der Grundlage der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (insbesondere Nr. 10[57]) mit der erforderlichen Sorgfalt[58] vorzunehmende, unentgeltliche Auskunftserteilung.

bb) Rechtliche Qualifizierung des Vertrages

Nachdem nunmehr festgestellt ist, daß die Auskunftserteilung Hauptpflicht eines Vertrages sein kann, soll der Vollständigkeit halber im folgenden untersucht werden, wie ein Auskunftsvertrag rechtlich zu qualifizieren ist, ob man ihn unter einen der im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Vertragstypen subsumieren kann. Da es sich um einen unentgeltlichen Vertrag handelt, kommt von den gesetzlich geregelten Vertragstypen allein ein Auftrag gemäß §§ 662 ff BGB in Betracht.

Lediglich aus der Stellung des § 676 BGB unter dem Titel "Auftrag" des Bürgerlichen Gesetzbuches kann nicht

---

57) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 149 ff.
58) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 40 ff.

auf die Rechtsnatur eines Auskunftsvertrages geschlossen werden, da diese Einordnung des § 676 BGB seinerzeit nur eine Verlegenheitslösung war[59].

Um einen Auskunftsvertrag als Auftrag im Sinne der §§ 662 ff BGB qualifizieren zu können, müßte es sich bei der Auskunftserteilung um eine "Geschäftsbesorgung" handeln. Dieser Begriff ist im Gesetz nicht näher definiert. Um eine Definition haben sich jedoch Rechtsprechung[60] und Literatur[61] wiederholt bemüht. Alle diese Bemühungen zusammenfassend, kann man die Geschäftsbesorgung im Sinne des § 662 BGB als jedes - auch rein tatsächliche - unentgeltliche Tätigwerden für (= im Interesse) einen anderen verstehen. Wesentlich ist, daß der Antragsempfänger nicht a n den Antragenden, sondern f ü r ihn eine Leistung erbringt. Das hierin zum Ausdruck kommende Treuhandelement bildet "das sachliche und inhaltliche Charakteristikum des Auftrages als Elementarform der Geschäftsbesorgungsverträge"[62]. Durch diese Treuhandbindung wird deutlich, daß der Auftrag nicht das unentgeltliche Pendant zum Dienst- oder Werkvertrag ist.

Für den Auskunftsvertrag ist wesentlich, daß der Ban-

---

59) Vgl. hierzu die Ausführungen bei Stehling S. 27.
60) Vgl. z.B. RGZ 97, 61, 65 f.
61) Vgl. z.B.:
Erman-Hauß, Rdnr. 6 vor § 662 BGB;
Heymann-Kötter, Anm. 1 zu § 362 HGB;
Palandt-Thomas, Anm. 3 zu § 662 BGB;
Staudinger-Nipperdey, Rdnr. 1 vor § 662 BGB;
Enneccerus-Lehmann § 160 I 3
62) Esser II, § 82 I 2;
vgl. auch Medicus, Rdnr. 368.

kier die Auskunft a n seinen Kunden erteilt; das treuhänderische Moment fehlt also völlig. Aus diesem Grunde ist eine Auskunftserteilung keine Geschäftsbesorgung, der Auskunftsvertrag also auch kein Auftragsverhältnis im Sinne der §§ 662 ff BGB.

Einige Autoren der Literatur erkennen nun zwar, daß eine Auskunftserteilung keine Geschäftsbesorgung ist, sehen aber andererseits das Merkmal "Unentgeltlichkeit", das für den Auftrag und den Auskunftsvertrag typisch ist. Sie bezeichnen den Auskunftsvertrag deshalb als "auftragsähnliches Verhältnis"[63]. Dies bringt jedoch für die rechtliche Untersuchung keinerlei Gewinn, da einerseits das "auftragsähnliche Verhältnis" im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelt ist und sich andererseits auch keine Möglichkeiten zur analogen Anwendung der §§ 662 ff BGB bieten; denn die meisten dieser Vorschriften setzen eine Geschäftsbesorgung voraus, so daß man den Auskunftsvertrag mit dem Auftrag nicht in Verbindung bringen darf.

Da der Auskunftsvertrag keinem der gesetzlich geregelten Vertragsverhältnisse zugeordnet werden kann, ist er als "contractus sui generis" zu qualifizieren[64].

---

63) Brombach in DGWR 1936, 315;
ähnlich auch Brand in DJZ 1912, 724, 727

64) Vgl. hierzu:
Sefrin S. 11;
Stehling S. 25;
Weiler S. 28

cc) Verschuldensmaßstab

Nur wenn der Bankier sich bei der Ausführung des Auskunftsvertrages einer Pflichtverletzung schuldig gemacht hat, kann der anfragende Kunde gegen ihn einen Schadensersatzanspruch geltend machen. Seine Pflicht verletzt der Bankier immer dann, wenn er falsche, Tatsachen entstellende oder mehrdeutige Auskünfte erteilt. Hinsichtlich des Grades des zu vertretenden Verschuldens kommt als maßgebliche, auf den Auskunftsvertrag anzuwendende Norm § 347 I HGB ("Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns") in Betracht.

Für die Anwendbarkeit des Handelsgesetzbuches ist es in diesem Zusammenhang erforderlich, daß der Bankier die Kaufmannseigenschaft besitzt. Kaufmann ist u.a., wer ein Gewerbe betreibt, das Bankier- und Geldwechslergeschäfte zum Gegenstand hat (§ 1 I, II Nr. 4 HGB). Zur näheren Erläuterung des Begriffes "Bankier- und Geldwechslergeschäfte" ist die "Verfassung der Banken", das Gesetz über das Kreditwesen hinzuzuziehen. § 1 I 2 KWG bestimmt, welche Tätigkeiten Bankgeschäfte sind; nicht aufgeführt ist indes die Erteilung einer Auskunft. Diese Tätigkeit hat der Bundesminister für Wirtschaft auch nicht durch Rechtsverordnung als Bankgeschäft bezeichnet (§ 1 I 3 KWG). Ergänzend muß hier jedoch § 343 HGB berücksichtigt werden. Diese Vorschrift bestimmt in Absatz 1, daß Handelsgeschäfte alle Geschäfte eines Kaufmanns sind, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören. Von dieser Vorschrift werden auch die Geschäfte eines Kaufmanns erfaßt, die nicht für sein Han-

delsgewerbe typisch sind. Für den Bankier wird damit der Kreis der in den §§ 1 II Nr. 4 HGB, 1 I 2 Nr. 4 KWG genannten Geschäfte erheblich erweitert. Er umfaßt nicht nur Rechtsgeschäfte, sondern auch Vorgänge rein tatsächlicher Natur, entgeltliche und unentgeltliche, wirksame und unwirksame Geschäfte[65]. Voraussetzung ist lediglich, daß diese Geschäfte dem Handelsgewerbe dienlich sind[66], mindestens aber sich mittelbar darauf beziehen und mit ihm in - wenn auch nur entferntem - Zusammenhang stehen[67]. Zwar erzielen die Banken aus der Erteilung ihrer Kreditauskünfte keine unmittelbaren Vorteile. Die Banken erleiden oft sogar Nachteile, da durch die Auskunftserteilung gewöhnlich Kosten (z.B. Briefporti, Telefon- und Fernschreibgebühren) entstehen, die fast immer von den Banken selbst getragen werden. Es besteht jedoch ein innerer Zusammenhang der Auskunftstätigkeit mit den für das Bankgewerbe typischen Geschäften (§ 1 I 2 KWG) insofern, als die Banken gerade aufgrund dieser Geschäfte dazu prädestiniert sind, Kreditauskünfte zu erteilen. Aus diesen Gründen gehört die Erteilung einer Auskunft zum Handelsgewerbe des Bankiers[68].

---

65) Vgl. Ratz in RGRK z. HGB, Anm. 7 zu § 343 HGB.
66) BGH LM Nr. 1 zu § 406 HGB;
Baumbach-Duden, Anm. 1 C zu §§ 343 - 345 HGB
67) BGH LM Nr. 1 zu § 406 HGB
68) RGZ 20, 190, 194;
Ratz in RGRK z. HGB, Anm. 7 zu § 343 HGB;
vgl. auch Schlegelberger-Hefermehl, Rdnr. 39 zu § 347 HGB.

Die vorstehenden Ausführungen gelten für die Sparkassen entsprechend[69].

Sofern eine Auskunft auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erteilt wird, besteht zudem noch gemäß § 344 I HGB die Vermutung, daß jedes von einem Kaufmann vorgenommene Rechtsgeschäft zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört.

Die Anwendbarkeit des Handelsgesetzbuches ist also zu bejahen. An die Stelle der "im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" (§ 276 I BGB) tritt für den Anwendungsbereich des Handelsgesetzbuches "die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" (§ 347 I HGB). Darunter ist sachlich nichts anderes zu verstehen als die bei Handelsgeschäften im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Innerhalb der verschiedenen Handelsgeschäfte sind dann wiederum je nach Branche unterschiedlich hohe Anforderungen an die Beachtung der Sorgfalt zu stellen. So muß von einem ordentlichen Bankier aufgrund der großen Bedeutung, die seine Tätigkeit für die materiellen Belange der Kunden in der Regel hat, ein besonders hohes Maß an Sorgfalt bei der Erledigung seiner Geschäft verlangt werden.

Speziell hinsichtlich der Haftung für fahrlässiges Ver-

---

69) Auch die Sparkassen sind heute Vollkaufleute, da sie die banküblichen Geschäfte betreiben und nicht mehr ausschließlich gemeinnützigen Zwecken dienen. Letzteres läßt sich auch aus § 4 SpkG NW iVm § 1 I 3 der Mustersatzung für Sparkassen vom 1.8.1970 (MBl NW 1970, 1675) entnehmen: "Die Erzielung von Gewinn ist nicht Hauptzweck des Geschäftsbetriebes."

halten ist zu beachten, daß § 676 BGB zwar Bestandteil der §§ 662 ff BGB ("Zehnter Titel. Auftrag") ist, sich jedoch - wie oben[70] bereits angedeutet - nicht nahtlos in die Vorschriften über den Auftrag einfügt. Der Auskunftsvertrag besitzt im Gegensatz zum Auftrag keinen Treuhandcharakter. Deshalb kann der bei der Verletzung eines Auftrages geltende Haftungsmaßstab - gemäß § 276 I BGB Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit[71] - nicht bei Verletzung eines Auskunftsvertrages angelegt werden. Die insoweit bestehende Gesetzeslücke ist in Analogie zu § 521 BGB (Schenkung) und § 599 BGB (Leihe) auszufüllen, d.h.: Der auskunftgebende Bankier haftet außer für Vorsatz nur für grobe Fahrlässigkeit. Nur in Ausnahmefällen - so z.B. wenn der Bankier ein eigenes Interesse an der Auskunftserteilung hat[72] - kommt eine Haftung auch für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten analog § 690 BGB in Betracht[73].

Besonders sorgfältig ist die Frage des Verschuldens zu prüfen, wenn der Bankier nicht alle in Erfahrung gebrachten Fakten in eine Auskunft aufnimmt. Dies kann aus Leichtfertigkeit geschehen, andererseits aber auch, um das Bankgeheimnis gegenüber dem Angefragten zu wahren.

---

70) S. 34 f
71) Vgl. hierzu:
BGHZ 30, 40, 47;
BGH BB 1964, 100;
Palandt-Thomas, Anm. 5 c zu § 662 BGB
72) Vgl. dazu die Ausführungen auf S. 31.
73) Vgl. zur Frage des Haftungsmaßstabes bei unentgeltlichen Tätigkeiten ohne Treuhandcharakter Medicus, Rdnr. 369.

Im übrigen ist bei der Prüfung des Verschuldens immer zu berücksichtigen, daß der Bankier nie für die objektive Richtigkeit einer erteilten Auskunft einsteht, daß er also z.B. nicht für die Bonität eines Angefragten haftet. Die Sorgfaltspflicht eines Bankiers bei der Auskunftserteilung erstreckt sich lediglich auf die vor der Erteilung anzustellenden Untersuchungen und den technischen Vorgang "Auskunftserteilung" selbst. Hat der Bankier hierbei die erforderliche Sorgfalt vermissen lassen, so stellt sich die Frage, wer im Streitfall das Verschulden zu beweisen hat. In diesem Zusammenhang ist § 282 BGB von Bedeutung. Die durch diese Vorschrift für die Fälle der Unmöglichkeit normierte Umkehr der Beweislast ist nach Ansicht der Literatur[74] auf die positive Forderungsverletzung entsprechend anwendbar. Dagegen differenziert die Rechtsprechung[75] insofern, als sie § 282 BGB nur dann entsprechend anwenden will, wenn die Entstehung des Schadens in der Sphäre des Schuldners begründet liegt. Da dies bei einer Auskunftserteilung der Fall ist, gelangt man nach beiden dargestellten Ansichten zu dem Ergebnis, daß der Bankier analog § 282 BGB sein Nichtverschulden zu beweisen hat. Kann er dies nicht, so steht dem geschädigten Anfragenden bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen[76]

---

74) Staudinger-Werner, Rdnr. 12 zu § 282 BGB;
Enneccerus-Lehmann, § 55 II 3;
Köpcke S. 160 ff

75) Vgl. neben zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts insbesondere:
BGHZ 8, 239, 241;
BGHZ 23, 288, 290;
BGHZ 27, 236, 238;
BGHZ 28, 251, 254;
BGH NJW 1962, 31 f;
BGH JZ 1968, 794 f

76) s. S. 37

ein Anspruch wegen positiver Forderungsverletzung des Auskunftsvertrages zu.

b) Raterteilung

Wie es in der Bankpraxis Verträge gibt, die die Erteilung einer Kreditauskunft zum Gegenstand haben, so kann auch die Erteilung eines Anlagerates alleiniger Inhalt eines Vertrages, also nicht nur Nebenpflicht sein. Es handelt sich hierbei vornehmlich um Fälle, in denen der Bankier durch seine Beratung beim anlagewilligen Kunden bewirkt, daß dieser von seinem Anlagevorhaben Abstand nimmt. Hat der Bankier den Kunden schuldhaft falsch beraten und ist dem Kunden durch den Nichtabschluß des Geschäfts ein Schaden entstanden, so haftet der Bankier dem Kunden auf Schadensersatz gemäß den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung. Wie bei der Erteilung einer Kreditauskunft, so kommt entsprechend auch bei der Anlageberatung ein Vertrag zwischen Kunde und Bankier dadurch zustande, daß letzterer hinsichtlich der Anlageberatung besonders sachkundig ist und ihm die wirtschaftliche Bedeutung erkennbar ist, die seine Beratung für die Entscheidung des anfragenden Kunden bezüglich einer möglichen Geldanlage hat[77].

77) Vgl. zum gesamten Problemkreis der Raterteilung als Hauptpflicht eines Vertrages die Ausführungen zu C. II. 1. (S. 24 ff) entsprechend.

2) Auskunfts- und Raterteilung als Nebenpflicht eines Vertrages

Gegenstand der bisherigen Untersuchung war die Rat- bzw. Auskunftserteilung als alleiniger Vertragsinhalt. Im folgenden soll untersucht werden, welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben, daß Anlagerat und Kreditauskunft nicht nur isoliert, sondern derart im Zusammenhang mit nachfolgenden Bankgeschäften erteilt werden, daß sie als "Vorbereitungshandlungen" Bestandteil des jeweils abzuschließenden Geschäfts werden.

a) Auskunftserteilung

Hinsichtlich der Verbindung einer Kreditauskunft mit einem Bankgeschäft ist festzustellen, daß zwar eine Kreditauskunft in den meisten Fällen nur erbeten und erteilt wird, weil der Anfragende Kunde der betreffenden Bank ist, also Geschäfte mit ihr tätigt. Deshalb steht die Kreditauskunft jedoch mit diesen Geschäftsabschlüssen in keinem inneren und inhaltlichen Zusammenhang im oben beschriebenen Sinne. Vielmehr stellt die Erteilung einer Kreditauskunft ein Geschäft für sich dar, das nicht gleichzeitig Bestandteil eines anderen Geschäfts sein kann[78].

78) Zur Erteilung einer Kreditauskunft als Bestandteil einer Geschäftsverbindung vgl. C. II. 3. a. auf S. 50 ff.

b) Raterteilung

Im Gegensatz zu den unter C. II. 1. b.[79] behandelten Fällen beziehen sich die folgenden Ausführungen ausschließlich auf solche Tatbestände, bei denen die Beratung des Bankiers zum Abschluß eines Anlagegeschäfts führt. Zur Erläuterung möge der folgende Sachverhalt[80] dienen, der einer neueren Entscheidung des Bundesgerichtshofs[81] zugrundeliegt:

Der Fernsehredakteur M. suchte für eine größere Bargeldsumme eine Anlagemöglichkeit. Auf Anraten seiner Hausbank O. beteiligte er sich als stiller Gesellschafter an der Spielwarenfabrik W., die ebenfalls Kunde des Bankhauses O. war. Über die Fabrik war dem M. von der Bank lediglich mitgeteilt worden, daß es sich bei ihr um ein "aufstrebendes Unternehmen" handle. Dagegen war verschwiegen worden, daß die W. die beiden letzten Geschäftsjahre mit erheblichen Verlusten abgeschlossen, daß sie vom Bankhaus O. und anderen Geldgebern Kredite erhalten und zur Sicherheit hierfür Maschinen und Kraftfahrzeuge übereignet und Grundschulden bestellt hatte. Anläßlich einer wenige Jahre später stattfindenden Firmenumwandlung verzichtete M. angesichts der schlechten finanziellen Lage des Spielwarenunternehmens zur Abwendung eines Konkursantrages auf die Rückzahlung seiner Einlage, behielt sich aber Ansprüche gegen O. vor.

Ohne näher auf die Begründung der genannten Entschei-

---

79) S. 42
80) vereinfacht wiedergegeben
81) BGH WM 1973, 164 ff

dung[82] einzugehen, fragt es sich ganz allgemein, nach welchen Vorschriften ein Bankier haftet, wenn er einen Anlagerat schuldhaft falsch erteilt und dem Bankkunden aufgrund der Befolgung des Rates ein Schaden entsteht.

Die Ansichten über die Beantwortung dieser Frage gehen in der Literatur zum Teil weit auseinander. Die Lösung des Problems hängt vorrangig davon ab, ob man die Raterteilung und das nachfolgende Geschäft als Einheit oder als selbständige Teile ansieht.

Der größere Teil der Literatur vertritt die Ansicht, die Raterteilung sei im Rahmen eines Geschäftsabschlusses vertragliche Nebenpflicht[83]; der Rat sei integrierender Bestandteil des Geschäfts, zu dem er erteilt wird[84]. Die Vertreter dieser Ansicht stützen sich insbesondere auf folgende Ausführungen des Reichsgerichts[85]:

> "Es gehört zum Gewerbe des Bankiers, zinstragende Wertpapiere an das Publikum, das Belegung für seine Kapitalien sucht, abzugeben. Dabei ist Verkehrssitte, daß der Bankier den Kunden berät. Dem Privatmanne gehen häufig die Kenntnisse ab, die zur Beurteilung der Güte eines Wertpapieres im allgemeinen und im einzelnen Falle erforderlich sind. Vom

---

82) s. Fußn. 81
83) Schlegelberger-Hefermehl, Rdnr. 36 zu § 347 HGB;
Sefrin S. 15;
Stehling S. 10;
Suhr S. 10
84) Vgl. hierzu:
v. Bleichröder S. 43;
Stehling S. 9;
a.A. Dulier S. 32 f
85) RGZ 42, 125, 131

> Bankier wird vorausgesetzt, daß er diese Kenntnisse kraft seines Berufes hat oder doch leichter sich zu verschaffen imstande ist; er gilt als Sachverständiger, der Kunde als Laie. Raterteilung und Empfehlung bilden ein notwendiges Glied in diesem Zweige des Bankgeschäftes, und ein Bankier, der sich der Beratung seiner Klientel entschlagen wollte, würde seine Effekten-Abteilung bald schließen können. Die Vorteile, die für den Bankier aus den Geschäftsabschlüssen entstehen, bilden zugleich das Entgelt für die Dienste, die er dem Kunden bei den Vorbereitungen zu den Geschäften leistet. In Fällen dieser Art mischt sich daher mit den Kaufgeschäften selbst die Leistung von Diensten: die Inanspruchnahme und die Darbietung der Kenntnisse und Erfahrungen des Fachmannes an den minder kundigen Laien. Diese Dienste sind ein Teil des entgeltlichen Geschäfts, und wer sie leistet, wird daher auch dafür einzustehen haben, daß er sie ohne Fahrlässigkeit leistet."

Diese Ausführungen des Reichsgerichts sind jedoch nicht unwidersprochen geblieben. Einige Vertreter der Literatur - so insbesondere Alsberg[86] und Brand[87] - nahmen sie zum Anlaß, ihre Gegenansicht darzulegen: Wenn die Raterteilung nur eine Vorbereitung zum Hauptgeschäft sei - so sinngemäß das Reichsgericht im obigen Zitat - dann könne sie nicht gleichzeitig Bestandteil dieses Geschäftes sein. Die Raterteilung sei deshalb vom nachfolgenden Geschäftsabschluß streng zu trennen, sie sei Bestandteil eines eigenen Vertrages.

Den verschiedenen Auffassungen über das Verhältnis der Raterteilung zum Hauptgeschäft liegt letztlich ein un-

---

86) in HoldhMschr 1906, 321 f
87) in DJZ 1912, 725 ff

terschiedliches Verständnis des Begriffes "Schuldverhältnis" zugrunde. Während die Vertreter der oben[88] zuerst dargestellten Ansicht und die Rechtsprechung das Schuldverhältnis als Einheit aus Haupt- und Nebenpflichten verstehen, versteht die Gegenansicht unter dem Begriff "Schuldverhältnis" lediglich die Hauptpflicht.

Streng vom Gesetz ausgehend, scheint die letztere Auffassung den Vorzug zu verdienen, denn der Wortlaut des § 241, S. 1 BGB[89] nimmt auf die einzelne Leistungspflicht Bezug:

> "Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern."

In dieser Charakterisierung kann sich jedoch das Wesen des Schuldverhältnisses nicht erschöpfen. In die juristische Betrachtung müssen vielmehr neben der Leistungsforderung auch die Leistungsbewirkung und alle Verhaltensweisen, die zu ihr hinführen, einbezogen werden. Der Schuldner muß insbesondere schon vor dem eigentlichen Geschäftsabschluß alles tun, um den beabsichtigten Leistungszweck nicht zu gefährden oder zu vereiteln. Dazu gehört u.a. die Erfüllung zahlreicher, je nach Leistungsart verschiedener Nebenpflichten. Es handelt sich hierbei um Verhaltens-, Sorgfalts- und Treuepflichten[90], die im Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) begründet sind. Zu diesen Pflichten gehört

---

88) S. 45 f
89) Vgl. auch den Wortlaut des § 362 I BGB.
90) Die Terminologie ist in Rechtsprechung und Literatur uneinheitlich.

auch die Raterteilung, sofern sich der eine Vertragspartner freiwillig oder auf Verlangen des anderen Vertragspartners dazu bereiterklärt. Mit der Hauptpflicht bilden die Nebenpflichten ein einheitliches Ganzes, ein "Gefüge"[91], das man im juristischen Sprachgebrauch - in inhaltlicher Erweiterung des § 241, S. 1 BGB - gemeinhin als Schuldverhältnis bezeichnet. Und könnte man unter dem Begriff "Schuldverhältnis" nur die Leistungspflicht verstehen, gäbe es also das oben beschriebene Gefüge nicht, so müßte es geradezu für die Fälle der Raterteilung mit nachfolgendem Geschäftsabschluß entwickelt werden.

Zur Stützung dieser Ansicht sei als Beispiel die Tätigkeit der Banken auf dem Wertpapiersektor angeführt. Beratung und Verkehr sind hier in der Regel konditional derart miteinander verknüpft, daß der Kunde keine Effekten kauft, wenn der Bankier ihn nicht entsprechend berät. Dies ist durchaus verständlich, da ohne jeden Ratschlag das "finanzielle Wohl und Wehe" des Kunden dem Zufall überlassen wäre. Denn gewöhnlich fehlen dem Kunden die notwendigen Kenntnisse, um sein Geld sicher anzulegen. Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß der Rat - ex post betrachtet - ohne das abgeschlossene Anlagegeschäft völlig bedeutungslos ist. Bedeutung erlangt er erst dadurch, daß sich der Ratempfänger beim Abschluß des Geschäfts nach ihm richtet, so daß sich der erteilte Rat geradezu i m G e s c h ä f t s a b s c h l u ß v e r w i r k l i c h t . Durch diese Formulierung kommt wohl am deutlichsten zum Ausdruck, wie eng die Verknüpfung von Rat und Geschäftsabschluß ist.

---

91) Larenz (SchuldR I) § 2 V

Zusammenfassend kann aufgrund aller erwähnten Gesichtspunkte und Argumente festgestellt werden, daß Beratung und Hauptgeschäft nie getrennt, sondern immer als rechtliche Einheit, als e i n Schuldverhältnis zu betrachten sind. Geprägt wird dieses Schuldverhältnis durch das Hauptgeschäft. Der bei dessen Erfüllung anzuwendende Sorgfaltsmaßstab ist deshalb auch für die Erfüllung aller Nebenpflichten maßgebend[92]. Da § 676 BGB nicht zur Anwendung gelangt, wenn sich die Raterteilung als vertragliche Nebenpflicht darstellt[93], haftet der Ratgeber also, wenn er die Sorgfaltspflicht bei der Raterteilung verletzt, wegen positiver Forderungsverletzung des Hauptvertrages. Bezüglich des Maßes der anzuwendenden Sorgfalt kann auf die Ausführungen zu den §§ 276 BGB, 347 HGB[94] verwiesen werden. Jedoch ist hier die Haftung für fahrlässiges Verhalten nicht auf die Fälle der groben Fahrlässigkeit beschränkt, da die Hauptverträge gewöhnlich entgeltlicher Natur sind.

Eine spezielle, den Haftungsmaßstab bestimmende Vorschrift besteht für den Kommissionär in § 384 HGB. Da der Bankier es häufig übernimmt, Wertpapiere für Rechnung seines Kunden im eigenen Namen zu kaufen oder zu verkaufen (vgl. § 383 HGB), ist diese Vorschrift von relativ großer praktischer Bedeutung. Es handelt

---

92) Vgl. hierzu:
Stehling S. 9;
Suhr S. 13

93) BGHZ 12, 198, 199 f;
OLG Köln MDR 1961, 412;
Dulier S. 25;
Sprengel in Spark 1955, 131 f

94) S. 37 ff

sich bei § 384 I HGB im wesentlichen um eine inhaltliche Wiederholung des § 347 HGB für den Kommissionär. § 384 II HGB konkretisiert einige Pflichten des Kommissionärs. Zu ihnen gehört zwar nicht die Beratung des Kommittenten. Erteilt der Kommissionär jedoch freiwillig oder auf Verlangen des Kommittenten Rat, so wird die für diese Raterteilung aufgewandte Sorgfalt an der eines ordentlichen Kaufmanns (§ 384 I HGB in Verbindung mit § 276 I 1 BGB) gemessen. Bei einem Verstoß gegen diese Sorgfaltspflicht haftet der Kommissionär nach den allgemeinen Grundsätzen des Schadensersatzrechts (positive Forderungsverletzung des Kommissionsvertrages).

3) Auskunfts- und Raterteilung im Rahmen einer Geschäftsverbindung

a) Auskunftserteilung

Bisher sind die Fälle erörtert worden, in denen der Bankier wegen schuldhaft falscher Auskunftserteilung haftet, die Haupt- oder Nebenpflicht eines Vertrages ist.

Nach Ansicht der Rechtsprechung steht dem Kunden ein vertraglicher Anspruch gegen den Bankier auch dann zu, wenn sich die schuldhaft falsche Auskunftserteilung als Verletzung einer zwischen dem Bankier und dem Kunden bestehenden, vom Vertrauen geprägten Geschäftsverbindung darstellt. Grundlegend für diese Rechtsprechung

ist eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1891. Dort[95] wird u.a. ausgeführt:

> "Wenngleich nämlich eine Geschäftsverbindung zweier Personen an sich zunächst nichts anderes ist als das zufällige Nebeneinanderbestehen von Geschäften, welche diese Personen miteinander abgeschlossen haben und einander gegenüber erfüllen, so bildet sich doch durch die häufige geschäftliche Berührung und die Erkenntnis, daß es für beide Teile nur vorteilhaft sein kann, einander entgegenzukommen, ein Vertrauensverhältnis aus, in welchem die Wahrung von Treue und Glauben in erhöhtem Maße und in weiterem Umfange, als im Verkehre zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen zur notwendigen Übung wird. Nicht nur der Abschluß und die Erfüllung der einzelnen Geschäfte, sondern die ganze Geschäftsverbindung wird von Treue und Glauben beherrscht, und dadurch kommt es, daß Handlungen, welche, abgesehen von dieser Verbindung der Handelnden, als rechtlich indifferente Thatsachen erscheinen, einen r e c h t l i c h e n I n h a l t gewinnen können. ... Thatsächliche Vorgänge werden nicht nur, insoweit sie Abschluß und Erfüllung von Geschäften betreffen, zu rechtlich wirksamen, sondern es erstreckt sich dies auch auf gewisse zur V o r b e r e i t u n g von Rechtsgeschäften vorgenommene Handlungen, insbesondere auf E m p f e h l u n g e n und A u s k u n f t s e r t e i l u n g e n. Der Bereich, innerhalb dessen die Kontrahenten des einzelnen Geschäfts sich unter rechtlich realisierbarem Präjudize Vertrauen schenken dürfen, wird erweitert. Vorgänge, welche unter Fremden an sich indifferent sein würden, werden wie Rechtsgeschäfte bezw. als solche behandelt. Der Geschäftsfreund empfängt die Mitteilung in der Überzeugung, daß diesen bei der Erteilung derselben kein Verschulden trifft, bezw. daß er für ein begangenes Versehen haftbar ist, und der andere Geschäftsfreund weiß, daß der erstere seine Mitteilungen in diesem Sinne so auffaßt, und daß er sie in Treue und Glauben so auffassen darf."

---

95) RGZ 27, 118, 121 f

Auf diese Ausführungen des Reichsgerichts hat die Rechtsprechung bis heute - sei es durch Zitate oder Hinweise - immer wieder Bezug genommen[96]. Schon gleich zu Beginn dieser Rechtsprechung wurden einzelne Stimmen laut, die die Ansicht des Reichsgerichts positiv[97] und negativ[98] kritisierten. Inzwischen hat sich auf der Grundlage dieser ersten Kritik eine lebhafte Diskussion entwickelt, deren Ende noch nicht abzusehen ist. Ein großer Teil der Literatur bestätigt die Ansicht der Rechtsprechung[99]. Die Geschäftsverbindung wird in diesem Zusammenhang u.a. als "Dauerschuldverhältnis"[100], "Grundvertrag"[101], "Rahmenvertrag"[102], "Vertragsverhältnis allgemeinerer Na-

---

96) Vgl. hierzu u.a.:
RGZ 42, 125, 130;
RGZ 65, 134, 141;
RGZ 67, 394, 395;
RGZ 126, 50, 52;
RG HRR 1930, Nr. 6;
RG JW 1930, 2927, 2928;
RG JW 1936, 2066;
BGHZ 13, 198, 200;
BGHZ 48, 167, 168;
BGH MDR 1955, 213, 215;
BGH WM 1974, 685, 686;
OLG Köln MDR 1961, 412;
LG Köln NJW 1959, 818

97) Brunswig in ZHR Bd. 56, 77, 82 f

98) Alsberg in HoldhMschr 1906, 321

99) Vgl. hierzu u.a.:
Staudinger-Nipperdey, Rdnrn. 14 u. 18 zu § 676 BGB;
Ratz in RGRK z. HGB, Rdnr. 19 des Anh. zu § 349 HGB;
Schlegelberger-Hefermehl, Rdnr. 37 zu § 347 HGB;
Potthast S. 15;
Schütz S. 204;
Brombach in DGWR 1936, 315;
Sprengel in Spark 1955, 131, 132

100) Jeßnitzer S. 70, 73

101) Raiser S. 145

102) Altjohann S. 83;
Gaede in NJW 1972, 926, 927

tur[103] oder "Geschäftsbesorgungsvertrag"[104] charakterisiert[105]. Die Gegenansicht vertritt indessen den Standpunkt, eine vertragliche Haftung komme bei der Verletzung einer Geschäftsverbindung nicht in Betracht, da es sich bei dieser nicht um ein Vertragsverhältnis handle. Der Begriff "Geschäftsverbindung" sei vielmehr nur eine "reichlich farblose Sammelbezeichnung, unter der die verschiedensten Arten von Verträgen zusammengefaßt sein können"[106].

Nach dieser Darlegung des Meinungsstandes erhebt sich nunmehr die Frage, ob die Geschäftsverbindung eine derartige rechtliche Wirkung entfalten kann, daß ihre Verletzung eine Haftung nach Vertragsgrundsätzen (positive Forderungsverletzung) auslöst.

Um eine vertragliche Haftung an die Verletzung einer Geschäftsverbindung knüpfen zu können, muß sie qualitativ so beschaffen sein, daß sie einem Vergleich mit einem (Einzel-)Vertrag standhält. Nur bei völliger Gleichwertigkeit kann die Vertragshaftung bei der Verletzung einer Geschäftsverbindung uneingeschränkt bejaht werden.

---

103) Kämpfer S. 27
104) Ehret S. 25
105) Zahlreiche weitere Beispiele für die rechtliche Charakterisierung der Geschäftsverbindung finden sich bei:
Schönle § 3 I 1;
Altjohann S. 19 f;
Philipowski S. 25 f
106) Meyer-Cording S. 9;
vgl. hierzu auch:
Dulier S. 17;
Gieschen S. 30;
Barth in HoldhMschr 1912, 287;
v. Ziegler in HoldhMschr 1912, (1), 29, 30

Die Geschäftsverbindung könnte den sonstigen Verträgen dann gleichgestellt werden, wenn sie durch übereinstimmende Willenserklärungen begründet würde. Diese Willenserklärungen müßten sich darauf beziehen, eine auf gewisse Dauer angelegte Verbindung zweier Personen zu schaffen. Gegenstand dieser Verbindung müßte der Abschluß einer unbestimmten Anzahl verschiedenartiger (Einzel-) Verträge auf unbestimmte Zeit sein. Dabei könnte sich die Verschiedenheit auf die Quantität wie auch auf die Qualität der Geschäfte erstrecken[107].

Um zu verdeutlichen, wie eine Geschäftsverbindung entstehen, insbesondere wie sie sich entwickeln kann, sei die folgende lebensnahe Schilderung Jeßnitzers[108] angefügt:

> "Haben zwei Kaufleute ein Geschäft zur beiderseitigen Zufriedenheit abgewickelt, dann wird es meist nicht ausbleiben, daß sie das nächste ähnliche Geschäft gleichfalls miteinander machen. Die Erfahrung aus dem ersten Geschäft wirkt sich dahin aus, daß der Kaufmann annimmt, bei einem zweiten Geschäft werde der frühere Geschäftspartner sich in der gleichen Weise verhalten wie beim erstenmal. Jeder Kaufmann wird sich sagen, daß es ein unnützes Risiko wäre, wenn er einen bisher Unbekannten zum Geschäftspartner wählen würde, anstatt den ihm, wenn auch erst aus e i n e m Handel bekannten, ehemaligen Partner. Die Erwartung, daß die in jenem ersten Geschäft zutage getretene zufriedenstellende Handlungsweise des Partners dessen Geschäftsgrundsätzen entspreche, ist von stärkerem Gewicht als die Unsicherheit, die der Kaufmann einem völlig Unbekannten gegenüber empfindet. ... Dem zweiten Geschäft reiht sich das

---

107) Vgl. Jeßnitzer S. 30.
108) S. 15 f

> dritte noch leichter an als das zweite dem ersten, und wieder haben dazu die gleichen Gründe geführt. So entsteht nach und nach ein geschäftlicher Verkehr unter den gleichen Beteiligten, der dazu führt, daß - beiderseitige Zufriedenheit vorausgesetzt - jeder vom anderen fortgesetzt die Bestätigung seiner Erwartung von dessen Redlichkeit ... gewinnt. Die mannigfachen guten Erfahrungen bewirken auf jeder Seite ein Gefühl der Verläßlichkeit auf den Partner. Zugleich mit diesem Vertrauensverhältnis entwickelt sich aus der häufigen geschäftlichen Berührung noch ein zweites: die Erwartung von künftigen Geschäften. Wie schon gesagt, ist der Grund für die Tatsache, daß ein Kaufmann sich im Bedarfsfalle wieder an den früheren Geschäftspartner wendet, darin zu suchen, daß er sein Risiko vermindert, wenn er mit einem Bekannten abschließt."

Wenn man im Einzelfall untersucht, ob die Voraussetzungen für eine Geschäftsverbindung vorliegen, stellt man in der Regel fest, daß die Geschäftspartner ausdrücklich keine Erklärungen abgeben.

Bezüglich stillschweigender Erklärungen ergibt sich aus den Gesamtumständen[109)], daß es eine Vergewaltigung des Willens der Parteien wäre, wollte man ihnen neben ihrem Rechtsbindungswillen bezüglich des Abschlusses eines Einzelgeschäftes gleichzeitig einen zweiten Rechtsbindungswillen für eine Geschäftsverbindung unterschieben. Es wäre eine Unterstellung, wollte man gleich bei den ersten Geschäftsabschlüssen einer - ex post betrachtet - längeren Geschäftsverbindung davon ausgehen, die Parteien wollten sich durch entsprechende Erklärungen gegen-

---

109) Diese sind - wie im folgenden noch zu zeigen sein wird - vornehmlich mit wirtschaftlichen Überlegungen der Geschäftspartner identisch.

seitig für unbestimmte Dauer geschäftlich aneinander binden. Die ersten Geschäfte zweier sich bisher unbekannter Partner dienen vielmehr immer dazu, sich geschäftlich näher kennenzulernen, d.h. die speziellen Geschäftspraktiken des Partners zu erkunden und sich gegebenenfalls mit ihnen vertraut zu machen.

Aber auch später - nach mehreren für beide Seiten zufriedenstellenden Geschäften - kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Geschäftspartner mindestens konkludent zum Ausdruck bringen wollen, eine zusätzliche vertragliche Bindung über bereits abgeschlossene und noch abzuschließende Einzelverträge hinaus miteinander eingehen zu wollen. Zwar nimmt das Vertrauen der Geschäftspartner in der Regel von Geschäftsabschluß zu Geschäftsabschluß zu. Aber abgesehen davon, daß es unklar bleibt, ob dieses Vertrauen jemals so stark wird, daß die Parteien einen Geschäftsverbindungs v e r t r a g abschließen würden, spricht gegen einen entsprechenden Willen der Partner die von ihnen erstrebte wirtschaftliche Unabhängigkeit, aufgrund derer sie eine bestehende Geschäftsverbindung jederzeit abbrechen können, und zwar ohne Rücksicht auf das Vorliegen von Gründen, die die Auflösung eines Vertrages rechtfertigen würden[110]. Dieses Argument gewinnt besonderes Gewicht, wenn man berücksichtigt, daß beide Geschäftspartner - unabhängig von einer möglichen Kaufmannseigenschaft - aufgrund ihrer Geschäfte am Wirtschaftsleben beteiligt sind. Infolge des dort herrschenden Wettbewerbs kann es geboten sein,

---

110) z.B. unlauteres Geschäftsgebaren eines Partners

sich schnell - d.h. ohne Kündigung oder ähnliche, rechtlich relevante Erklärungen und gegebenenfalls hiermit verbundene einzuhaltende Fristen - von dem bisherigen Geschäftspartner zu trennen, um sich mögliche Vorteile[111] bei einem Geschäftsabschluß mit einem neuen Partner nicht entgehen zu lassen[112].

Zudem dürften beide Geschäftspartner erkennen, daß es unsinnig ist, einen Vertrag abzuschließen, der geradezu wie ein Dach über den Einzelverträgen schwebt, weil es ausreicht, jeden Einzelvertrag rechtlich für sich zu beurteilen. Ja, es wird fast immer so sein, daß die Geschäftspartner unter rechtlichen Gesichtspunkten gar nicht an eine Geschäftsverbindung denken, sondern dieser vielmehr rein kaufmännisch-wirtschaftliche Bedeutung beimessen, so z.B. weil sie nach Abschluß mehrerer Geschäfte von ihrem Geschäftspartner Vergünstigungen irgendwelcher Art[113] eingeräumt erhalten. Auch aus diesem Grunde kann man deshalb aus den Handlungen und Erklärungen der Geschäftspartner nichts entnehmen, was auf ihren Willen zum Abschluß eines Geschäftsverbindungsvertrages hindeuten würde.

Dieses aufgrund rechtlicher Erwägungen gewonnene Ergebnis wird im tatsächlichen Bereich noch gestützt, wenn man - die Ausführungen Jeßnitzers[114] interpre-

---

111) z.B. bessere Rabatt- oder Zahlungskonditionen, bevorzugte Lieferung von Waren

112) Hiervon unberührt bleiben die Fälle, in denen unter Aufrechterhaltung einer schon bestehenden Geschäftsverbindung zusätzlich eine neue angeknüpft wird.

113) Vgl. die Beispiele in Fußn. 111.

114) s. S. 54 f

tierend und wertend - feststellt, daß es sich bei einer Geschäftsverbindung um nicht mehr als eben eine Verbindung von Geschäften, nicht aber um die Geschäfte selbst handelt. Prägend für eine Geschäftsverbindung sind die Faktoren, die den Zeitraum zwischen zwei Einzelgeschäften ausfüllen. Drei dieser Faktoren, die schon im obigen Zitat anklangen, seien hier noch einmal hervorgehoben: die guten Erfahrungen nach dem ersten Geschäft, die aufgrund dieser Erfahrungen erfolgte Wahl desselben Geschäftspartners für das zweite Geschäft und die sich an diese Wahl anknüpfende Erwartung, der erwählte Partner werde sich beim zweiten Geschäftsabschluß ähnlich zufriedenstellend wie beim ersten verhalten.

Sicherlich kann man diese oder ähnliche Momente nicht losgelöst von den Einzelgeschäften betrachten. Andererseits fügen sie sich aber auch nicht derart zwischen die einzelnen Geschäftsabschlüsse ein, daß sie mit diesen - graphisch dargestellt - eine gerade Linie bilden. Bleibt man zur Verdeutlichung im graphischen Bereich, so stellt eine Wellenlinie wohl am besten dar, daß das rechtliche Niveau zum Zeitpunkt des Abschlusses und der Abwicklung eines Geschäftes (= Berg der Wellenlinie) ein höheres ist als der Zeitraum zwischen zwei Geschäften (= Tal der Wellenlinie). Insbesondere aufgrund des regelmäßig stattfindenden Leistungsaustausches verdichtet und konkretisiert sich das Vertrauen der Geschäftspartner bei einem Vertragsabschluß so stark wie es zwischen zwei Verträgen niemals der Fall ist.

Zum Abschluß ist zusammenfassend festzustellen, daß Geschäftsverbindungen kein Vertragscharakter zukommt. Deshalb ist auch die Verletzung einer Geschäftsverbindung mit einem anderen Maß zu messen als die Verletzung eines (Einzel-)Vertrages. Ausschließlich in letzterem Fall gelangen die Grundsätze der Vertragshaftung zur Anwendung. Diese auch bei der Verletzung einer Geschäftsverbindung anzuwenden - wie es die Rechtsprechung und ein großer Teil der Literatur[115] wollen -, ist aufgrund der obigen Darlegungen[116] verfehlt.

Vielfach wird in der Literatur[117] die Ansicht vertreten, daß es neben den Einzelverträgen zwischen Bank und Kunde noch einen (allgemeinen) Bankvertrag gibt. Unter einem Bankvertrag versteht man eine durch den Abschluß der verschiedensten Bankgeschäfte auf gewisse Intensität und Dauer[118] angelegte Bindung zwischen dem Bankier und seinem Kunden, also eine besondere Erscheinungsform der Geschäftsverbindung, wie sie oben in ihrer Grundform dargestellt wurde. Für die Begründung eines Bankvertrages scheiden damit einmalige Geschäfte - wie z.B. Geldwechsel oder Devisentausch - aus. In Betracht kommen vielmehr nur jene Geschäfte, an die sich weitere anschließen, so z.B. eine Kontoeröffnung mit den nachfolgenden Ein- und Auszahlungen, Einzelüberweisungen und Daueraufträgen.

---

115) Vgl. hierzu die Fußn. 96 und 99 ff.
116) s. S. 55 ff
117) Vgl. hierzu:
Nachweise bei Schönle S. 20 ff;
Stolz S. 28;
Pikart in WM 1957, 1238 ff
118) Stolz S. 14

Als möglicher Inhalt des Bankvertrages bietet sich zunächst der präambelähnliche Vorspann zu "I. Allgemeines" der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, insbesondere folgender Satz an:

> "Die Bank steht ihren Kunden mit ihren Geschäftseinrichtungen zur Erledigung verschiedenartigster Aufträge zur Verfügung."

Daraus kann jedoch keine uneingeschränkte Verpflichtung der Bank gefolgert werden, jedes vom Kunden gewünschte Geschäft abzuschließen. Jede Bank hat vielmehr - besonders im Hinblick auf ihre Eigeninteressen - stets die Möglichkeit, Angebote zu Einzelverträgen abzulehnen. So braucht sie z.B. nicht jeden beantragten Kredit zu gewähren, insbesondere dann nicht, wenn keine ausreichenden Sicherheiten vorhanden sind. Das obige Zitat aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen müßte deshalb in abgewandelter Form sinngemäß lauten:

> 'Die Bank erbringt für ihre Kunden alle banktypischen Leistungen, w e n n sie sie erbringen will.'

Ein Bankvertrag mit diesem wenig konkreten Inhalt ist jedoch völlig überflüssig und sinnlos; es handelt sich hierbei lediglich um eine "invitatio ad offerendum" unter Hinweis auf den Grundsatz der Abschlußfreiheit.

Gegenstand des Bankvertrages könnte auch die Vereinbarung zwischen dem Bankier und seinem Kunden sein, daß die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestandteil der

künftig abzuschließenden Geschäfte werden sollen. Gegen die Existenz einer solchen Vereinbarung spricht es nicht, daß keine ausdrückliche Einigung erkennbar ist; häufig genug werden Verträge nur stillschweigend abgeschlossen. Diese Möglichkeit wäre auch hier denkbar, z.B. indem der Bankier ein Exemplar der Allgemeinen Geschäftsbedingungen seinem Kunden übergibt und dieser es widerspruchslos entgegennimmt. Sollte sich ein solcher Vorgang einmal ereignen, so ist ihm in rechtlicher Hinsicht keine besondere Bedeutung beizumessen. Denn es ist zu bedenken, daß die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute bereits derart branchenüblich und typisch sind, daß sie selbst dann Gültigkeit haben, wenn der Geschäftspartner des Bankiers von ihnen überhaupt keine Kenntnis hat. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden also, ohne daß darüber eine Absprache getroffen werden müßte, Bestandteil eines jeden Einzelvertrages[119], und zwar jeweils so weit, wie sie inhaltlich auf ihn Anwendung finden können[120].

---

119) Vgl. hierzu:
RG HRR 1929, Nr. 28;
BGH WM 1970, 632 f;
OLG Düsseldorf JW 1926, 609

120) In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, daß die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken in vier große Abschnitte klar gegliedert sind:
I. Allgemeines,
II. Handel in Wertpapieren, Devisen und Sorten,
III. Verwahrungsgeschäft,
IV. Einzugs- und Diskontgeschäft, Wechsel- und Scheckverkehr.
Die Vorschriften des ersten Abschnitts können je nach Fallgestaltung und Vertragsinhalt bei der rechtlichen Beurteilung eines jeden Einzelvertrages Berücksichtigung finden. Vgl. in diesem Zusammenhang den Aufbau zahlreicher Gesetze, z.B. des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß ein Bankvertrag - gleich welchen Inhalts - überflüssig ist, weil es ausreicht, die Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen der Bank und ihrem Kunden nach den jeweiligen bankgeschäftlichen (Einzel-)Verträgen vorzunehmen[121]. Dies gilt auch speziell für die Haftung wegen der Verletzung dieses Rechtsverhältnisses. Mit Recht fragt Alsberg[122]: "... wenn der Bankier schon bei einem einmaligen Geschäftsabschluß haften soll, was ist es da nötig, auf seine etwaige Geschäftsverbindung mit dem Kunden zurückzugehen?" Würde man die Grundsätze der Vertragshaftung bei der Verletzung einer Geschäftsverbindung (bzw. eines Bankvertrages) anwenden, so käme dies einer Bevorzugung des Kunden gleich, die den vielfach erhobenen Vorwurf der Bankenfeindlichkeit der Rechtsprechung rechtfertigen würde. Denn der Kunde könnte selbst dann, wenn aus besonderen Gründen ein (Einzel-)Vertrag, bei dem allein die Anwendung der vertraglichen Haftungsgrundsätze angebracht wäre[123], nicht zustandegekommen ist, einen vertraglichen An-

---

121) Es erübrigt sich somit eine weitere rechtliche Untersuchung des Bankvertrages, insbesondere die Bestimmung seines Rechtscharakters. Soweit im Schrifttum die Notwendigkeit eines Bankvertrages anerkannt wird, ist die Diskussion um den Rechtscharakter dieses Vertrages längst noch nicht abgeschlossen. Wie weit die Ansichten im einzelnen divergieren, mag die folgende Zusammenstellung zeigen, die die am häufigsten zur Charakterisierung des Bankvertrages gebrauchten Begriffe enthält: Grund- oder Rahmenvertrag, Dienst- und Geschäftsbesorgungsvertrag, Werkvertrag, mit Scheckabrede verbundener Girovertrag, Typenmischvertrag bzw. contractus sui generis. Vgl. hierzu die zahlreichen Nachweise bei Schönle § 3 I und Altjohann S. 19 ff.

122) in HoldhMschr 1906, 321

123) s.o. S. 59

spruch gegen den Bankier geltend machen[124].

Auch speziell für die Haftung aus einem Auskunftsvertrag sind Existenz und Anerkennung eines Bankvertrages nicht erforderlich. Wie schon festgestellt[125] kommt ein (Einzel-)Vertrag über die Erteilung einer Kreditauskunft zwischen Bank und Kunde bereits zustande, wenn der Bankier hinsichtlich der Auskunftserteilung besonders sachkundig und ihm die wirtschaftliche Bedeutung der Auskunft für den anfragenden Kunden erkennbar ist. Dadurch ist der (einzel-)vertragliche Bereich so weit ausgedehnt - d.h.: in einen Bereich vorgezogen, der bei anderen Verträgen noch dem Bereich der Vertragsanbahnung zuzurechnen wäre -, daß für den Bankvertrag kein Raum mehr ist. Eine noch weitgehendere Ausdehnung des vertraglichen Bereichs, die durch die Anerkennung des Bankvertrages erfolgen würde, erscheint rechtspolitisch nicht vertretbar. Zudem ist für die hier bedeutsamen Fälle der Auskunftserteilung zu beachten, daß die Anerkennung der vertraglichen Haftung bei Verletzung eines Bankvertrages zur Umgehung des § 676 BGB führt, dessen Ausnahmeregelung ("..., unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis ... ergebenden Verantwortlichkeit, ...") sich nur auf einen (Einzel-)Vertrag beziehen kann, der allein eine Auskunftserteilung zum Gegenstand hat. Es ist undenk-

---

124) Vgl. hierzu RGZ 42, 125, 130, wo der vertragliche Anspruch des Kunden gegen den Bankier wegen Verletzung der Geschäftsverbindung in die Rolle eines "Lückenbüßers" abgedrängt wird: "Es bedarf der Heranziehung ... nicht, wenn ein Vertragsverhältnis vorliegt, aus dem ohnehin schon eine Verpflichtung zur Anwendung gehöriger Sorgfalt erfließt."

125) S. 33 f

bar, daß sich diese Regelung auf ein so allgemeines und inhaltlich unbestimmtes Verhältnis wie den Bankvertrag bezieht, von dem man zu seinem Entstehungszeitpunkt nicht einmal genau weiß, ob jemals eine Auskunftserteilung sein Bestandteil wird.

Fraglich ist, ob die Verletzung einer Geschäftsverbindung durch Erteilung einer falschen Kreditauskunft die Haftung nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo auslösen kann. Voraussetzung hierfür ist, daß es sich bei der Geschäftsverbindung um ein vorvertragliches Schuldverhältnis handelt und daß eine für ein vorvertragliches Schuldverhältnis typische Schutzpflicht[126] schuldhaft verletzt ist.

Wenn man davon ausgeht, daß die Geschäftsverbindung zwischen dem Bankier und seinem Kunden ein Vertrauensverhältnis schafft, das als vorvertragliches Schuldverhältnis charakterisiert werden kann, so stellt sich doch die Erteilung einer falschen Kreditauskunft nicht als Verletzung einer Schutzpflicht (z.B. Mitteilungs-, Aufklärungs- oder Anzeigepflicht[127]) dar. Denn wenn dem Bankier die wirtschaftliche Bedeutung der Kreditauskunft für den anfragenden Kunden erkennbar und er hinsichtlich der Auskunftserteilung besonders sachkundig ist, so handelt der Bankier nach der hier vertre-

---

126) Nach Enneccerus-Lehmann § 43 III handelt es sich z.B. um Mitteilungs-, Aufklärungs-, Erhaltungspflichten, nach Esser I, § 52 II 3 um Anzeige-, Sorgfalts- und Rücksichtspflichten.

127) s. Fußn. 90

tenen Ansicht mit Rechtsbindungswillen. In diesem Fall kommt zwischen dem Bankier und seinem Kunden ein Auskunftsvertrag zustande[128]. Die Erteilung der Kreditauskunft ist dann Vertragsinhalt, Hauptleistungspflicht des Bankiers, so daß für die Qualifizierung der Auskunftserteilung als Schutzpflicht kein Raum mehr ist.

Nach Ablehnung der Vertragshaftung bei Verletzung einer Geschäftsverbindung durch falsche Auskunftserteilung kommt somit auch eine Haftung nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo nicht in Betracht.

b) Raterteilung

Für den Bereich der Raterteilung im Rahmen einer Geschäftsverbindung ergeben sich gegenüber dem vorhergehenden Abschnitt[129], soweit dort die Frage der vertraglichen Haftung untersucht worden ist, keine rechtlichen Unterschiede in der Beurteilung einer möglichen Haftung. Es kann deshalb an dieser Stelle auf die obigen Ausführungen[130] verwiesen werden.

Hinsichtlich der vorvertraglichen Haftung ist gegenüber dem vorigen Abschnitt[131] insofern zu differenzieren, als die Raterteilung nicht zwingend - wie die Erteilung einer Kreditauskunft - Hauptleistungspflicht eines Vertrages ist. Dies ist lediglich dann der Fall,

---

128) s. S. 33 f
129) C. II. 3. a.
130) S. 50 ff
131) C. II. 3. a.

wenn der Bankier durch seine Beratung bewirkt, daß der Kunde von seinem Anlagevorhaben Abstand nimmt[132]. Insoweit kann auf die Ausführungen zur vorvertraglichen Haftung bei Erteilung einer falschen Kreditauskunft[133] verwiesen werden.

Sobald der Kunde jedoch aufgrund einer entsprechenden Beratung Wertpapiere kauft, hat die Beratung nur noch die Funktion einer Nebenleistungspflicht. Ob die Nebenleistungspflicht "Beratung" in einem solchen Fall als Schutzpflicht charakterisiert werden kann, die für ein vorvertragliches Schuldverhältnis typisch ist, kann dahingestellt bleiben. Denn wenn ein Vertrag zustandekommt, wird für die Verletzung aller mit diesem Vertrag in Verbindung stehenden Pflichten gemäß den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung gehaftet, sofern keine spezielle Haftungsnorm eingreift. Die Haftung gemäß den Grundsätzen der culpa in contrahendo kommt dann nicht mehr in Betracht. Sie ist nur von Bedeutung, wenn zwischen den Parteien bereits ein sozialer, geschäftlicher Kontakt zustandegekommen ist, ohne daß dieser zum Abschluß eines Vertrages geführt hat.

Somit ist im Ergebnis festzustellen, daß bei falscher Raterteilung im Rahmen einer Geschäftsverbindung die Haftung gemäß den Grundsätzen der culpa in contrahendo nicht in Betracht kommt.

---

132) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 42.
133) S. 64 f

4) Zusammenfassung zu C. II.

Für den gesamten Bereich der vertraglichen Haftung der Bank gegenüber dem Anfragenden kann abschließend festgestellt werden, daß dem anfragenden Kunden ein vertraglicher Anspruch gegen den Bankier nur dann zusteht, wenn sich die schuldhaft falsche Rat- bzw. Auskunftserteilung als Haupt- oder als Nebenpflicht eines Vertrages darstellt. Dagegen ist die Ansicht der Rechtsprechung und eines großen Teils der Literatur, nach der die Verletzung einer Geschäftsverbindung die Haftung nach Vertragsgrundsätzen auslöst, abzulehnen. Dasselbe gilt für die vorvertragliche Haftung gemäß den Grundsätzen der culpa in contrahendo.

III) Die deliktische Haftung der Bank für eigenes Verschulden gegenüber dem Anfragenden

Ist zwischen der Bank und dem anfragenden Kunden kein Vertrag zustandegekommen, so kommt eine Haftung der Bank nur nach den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff BGB) in Betracht.

1) § 823 I BGB ("Gesundheit")

§ 823 I BGB schützt "das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonsti-

ges Recht eines anderen". Von den aufgeführten speziellen Rechtsgütern kann durch falsche Rat- und Auskunftserteilung allenfalls die Gesundheit verletzt werden. So können z.B. durch Aufregung über falschen Rat oder falsche Auskunft Krankheiten entstehen oder sich verschlimmern. In diesen Fällen steht jedoch immer die haftungsbegründende Kausalität in Frage. Generell kann man dem Bankier nicht jede durch eine falsche Äußerung hervorgerufene Gesundheitsverletzung eines Anfragenden zurechnen. Es reicht nicht allein aus, daß die Erfahrung lehrt, Aufregung sei geeignet, einem Menschen gesundheitlich zu schaden. Dagegen wird man die haftungsbegründende Kausalität immer dann bejahen können, wenn der Bankier den Anfragenden als labil und in gesundheitlicher Hinsicht besonders anfällig kennt und deshalb einen Schaden voraussehen könnte. Ist dies der Fall, so müssen zur Begründung eines Anspruchs aus § 823 I BGB noch folgende Haftungsvoraussetzungen gegeben sein: Schadenseintritt, haftungsausfüllende Kausalität, Rechtswidrigkeit und Schuld. Für letztere - wie überhaupt für alle subjektiven Momente im Bereich des Deliktsrechts - ist § 276 BGB, nicht § 347 HGB die maßgebende Vorschrift, da unerlaubte Handlungen keine Handelsgeschäfte sind.

2) <u>§ 823 I BGB ("sonstiges Recht")</u>

Weiterhin kommt die Verletzung eines "sonstigen Rechts" in Betracht; sie verpflichtet den Schädiger nach h.M. jedoch nur dann zum Schadensersatz, wenn es sich bei diesem Recht um ein subjektives und absolutes handelt.

Wenn der Anfragende aufgrund eines falschen Ratschlags minderwertige Wertpapiere kauft oder aufgrund einer falschen Kreditauskunft dem Angefragten ein Darlehen bewilligt, das er später von ihm nicht zurückerhält, so wird hierdurch das G e s a m t vermögen des anfragenden Kunden geschädigt. Die vom Bürgerlichen Gesetzbuch vorgegebene Privatrechtsordnung schützt jedoch nur Vermögens b e s t a n d t e i l e; das Vermögen als Ganzes zählt nicht zu den geschützten Rechtsgütern[134]. Aus diesem Grunde ist das Gesamtvermögen einer Person kein subjektives, absolut geschütztes Rechtsgut und damit auch kein sonstiges Recht im Sinne des § 823 I BGB. Diese Vorschrift scheidet deshalb, sofern sie den Schutz eines "sonstigen Rechts" betrifft, als Anspruchsgrundlage aus.

3) §§ 823 II BGB, 263 StGB

Eine Schadensersatzverpflichtung ergibt sich aus § 823 II BGB, wenn der Bankier gegen ein den Schutz des Kunden bezweckendes Gesetz verstößt. Als ein solches Schutzgesetz kommt - insbesondere in den Fällen der Raterteilung - § 263 StGB in Betracht. Der Betrug erfordert als objektive Tatbestandsmerkmale eine Täuschungshandlung des Täters, Irrtum und Vermögensverfügung des Getäuschten und einen Vermögensschaden. Diese Merkmale müssen in der genannten Reihenfolge kausal miteinander verknüpft

---

134) stellvertretend für eine große Anzahl weiterer Quellen:
Palandt-Thomas, Anm. 6 j zu § 823 BGB

sein. Subjektives Tatbestandsmerkmal ist die Absicht des Täters, für sich oder einen Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu erlangen. Der Vermögensschaden des Geschädigten und der Vorteil des Täters müssen stoffgleich sein[135].

Der Tatbestand des Betruges kann u.a. durch falsche Wertpapierberatung erfüllt werden. Der Geschehensablauf stellt sich in der Regel so dar, daß der Bankier durch Vorspiegelung falscher oder Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen seinen Kunden darüber täuscht, daß es sich bei den empfohlenen Wertpapieren um minderwertige handelt. Aufgrund des durch die Täuschung entstandenen Irrtums kauft der Kunde die Papiere (= Vermögensverfügung), wodurch er einen Vermögensschaden in Höhe der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Wert der Papiere erleidet. Der Bankier kann dabei in der Absicht handeln, eigene Papiere zu veräußern. In diesem Fall besteht zwischen dem Vermögensschaden des Kunden und dem Vorteil des Bankiers Stoffgleichheit im Sinne von Wertgleichheit. Andererseits kann der Bankier aber auch - und das ist der Regelfall - minderwertige Papiere verkaufen, um die dem Wert der verkauften Papiere entsprechende Provision zu erhalten. Diese wird jedoch wertmäßig immer geringer sein als der durch den Kauf der minderwertigen Papiere entstandene Schaden des Kunden. In diesem Fall sind der Vermögensschaden des Kunden und der Vorteil des Bankiers nicht stoffgleich im Sinne von wertgleich.

---

135) Dreher, Anm. 1 zu § 263 StGB;
Schönke-Schröder, Rdnrn. 5, 119 und 123 zu § 263 StGB

Fraglich ist, ob Schaden und Vorteil überhaupt wertgleich sein müssen, um ihre Stoffgleichheit bejahen zu können. Einerseits wurde zwar die Forderung nach Wert- oder sogar Substanzgleichheit verschiedentlich erhoben[136]; der Begriff "Identität" wie auch die Formulierung, der Schaden müsse dem Vorteil "entsprechen" sind typisch hierfür. Andererseits mehren sich jedoch die Stimmen, die die Forderung der Identität von Schaden und Vorteil für sachlich nicht gerechtfertigt halten. Wegweisend ist hier die Rechtsprechung. Schon das Reichsgericht hat in seiner vielfach als "Wende zur Stoffgleichheit"[137] angesehenen Entscheidung vom 7. Oktober 1930[138] den Begriff "Identität" nicht mehr verwandt. Vielmehr reicht es nach Ansicht des Reichsgerichts aus,

> "daß das Streben des Täters dahin geht, durch diese Vermögensverfügung des Getäuschten einen Vorteil zu erlangen"(139).

Den hier zum Ausdruck kommenden Kausalitätsgedanken hat auch der Bundesgerichtshof bei der Bestimmung der Stoffgleichheit in den Vordergrund gestellt:

> "... der Vermögensvorteil und der Vermögensnach-

---

136) zuletzt wieder Hardwig in GA 1956, 6, 8
137) Eser in GA 1962, 289, 300
138) RGSt 64, 433 ff
139) RGSt 64, 433, 435.
Trotz uneinheitlicher und oft mehrdeutiger Terminologie ist diese Rechtsprechung vom Reichsgericht mit wenigen Ausnahmen konsequent weiterverfolgt worden.

> teil entsprechen einander .., weil sie durch dieselbe Vermögensverfügung vermittelt werden"(140).

Durch "dieselbe Vermögensverfügung" - nämlich den Kauf der Wertpapiere - werden auch der Vermögensnachteil des Kunden (Differenz zwischen Kaufpreis und Wert der Papiere) und der Vermögensvorteil des Bankiers (Provisionsanspruch) vermittelt. Die Stoffgleichheit ist deshalb zu bejahen.

Der vom Bankier erstrebte Vermögensvorteil muß rechtswidrig sein. Bei Beachtung des Grundsatzes, daß jeder Vermögensvorteil rechtswidrig ist, auf den man nach privatem oder öffentlichem Recht keinen Anspruch hat, läßt sich das Tatbestandsmerkmal "Rechtswidrigkeit" hier auf Anhieb nicht ohne weiteres bejahen. Denn der Bankier schließt mit dem Kunden einen ordnungsgemäßen Vertrag. Hierdurch erlangt der Bankier - geschützt durch die Privatrechtsordnung - den Anspruch auf seinen Vorteil, die Provision (§ 396 I 1 HGB). Daß der Bankier diesen Anspruch eventuell nur mit unlauteren Mitteln (z.B. durch Täuschung) erlangt, ist für die Frage der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils unerheblich[141].

Dennoch ist die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils in allen den Fällen zu bejahen, in denen sich der Kunde aufgrund einer Täuschungshandlung des Bankiers über

---

140) BGHSt 6, 115, 116;
ähnlich auch:
RG DR (Ausg. A) 1941, 1885, 1886;
BayObLG MDR 1974, 776, 777

141) Schönke-Schröder, Rdnr. 125 zu § 263 StGB

Güte und Wert (= verkehrswesentliche Eigenschaften) der gekauften Wertpapiere irrt. In diesen Fällen steht dem Kunden das Anfechtungsrecht nach § 119 BGB oder gegebenenfalls nach § 123 BGB zu, nach Vorschriften also, die der Verwirklichung und Wahrung der Privatrechtsordnung dienen. Die Möglichkeit der Anfechtung verhindert in diesen Fällen die Rechtfertigung der vom Bankier beabsichtigten Vermögensverfügung durch einen Anspruch, den sich der Bankier durch eine Täuschung gegenüber dem Kunden verschafft hat.

Sofern im Einzelfall die Tatbestandsvoraussetzungen des § 263 I StGB vorliegen, ist es für die Bejahung einer Schadensersatzpflicht gemäß § 823 II BGB schließlich noch erforderlich, daß der Bankier rechtswidrig (= allgemeines Verbrechensmerkmal) und schuldhaft handelt. Die Anforderungen hinsichtlich des Verschuldens bei § 823 II BGB richten sich nach dem jeweiligen Schutzgesetz, hier also nach § 263 StGB. Danach ist vorsätzliches Handeln ("Absicht" = dolus directus 1. Grades) erforderlich.

Ist die Bank eine juristische Person, so kommt eine Schadensersatzverpflichtung gemäß §§ 823 II BGB, 263 StGB nicht in Betracht. Juristische Personen sind nach h.M. strafrechtlich nicht verantwortlich[142] im Gegen-

---

142) für H a n d l u n g s unfähigkeit juristischer Personen:
BVerfG JZ 1967, 171, 172;
Schönke-Schröder, Rdnr. 89 vor §§ 25 ff StGB;
Maurach (AT) § 15 II A.
Für S c h u l d unfähigkeit juristischer Personen:
Dreher, Anm. C 1 vor § 1 StGB

satz zu tatsächlich handelnden (natürlichen) Personen wie Organen, Abteilungsleitern, einfachen Angestellten usw. Nur diese können deshalb zur Schadensersatzleistung gemäß § 823 II BGB herangezogen werden. Inwiefern die Bank für das Handeln dieser Personen einzustehen hat, soll an anderer Stelle[143] ausführlich untersucht werden.

Auch mittels einer falschen Kreditauskunft ist Betrug denkbar, so z.B., wenn der Bankier in der Absicht, eigene Forderungen gegen den Angefragten zu sichern, durch Erteilung einer ungerechtfertigt günstigen Auskunft den Anfragenden zur Kreditgewährung an den Angefragten veranlaßt.

4) §§ 823 II BGB, 95 BörsG

Ein weiteres Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB ist § 95 BörsG. Abs. 1, Zif. 1 dieser Vorschrift (Kommissionsbetrug) stellt eine spezialgesetzliche Regelung gegenüber § 263 StGB dar[144]:

> "Ein Kommissionär, welcher, um sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen,
> 1. das Vermögen des Kommittenten dadurch beschädigt, daß er hinsichtlich eines abzuschließenden Geschäfts wider besseres Wissen unrichtigen Rat oder unrichtige Auskunft erteilt, oder

143) S. 116 ff

144) Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 95 I, Zif. 1 BörsG entsprechen denen des § 263 I StGB. Es kann deshalb hier auf die Ausführungen auf S. 69 ff verwiesen werden.

> 2. ...,
> wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft. Daneben kann auf Geldstrafe erkannt werden."

Obwohl diese Vorschrift Bestandteil des Börsengesetzes ist, findet sie auf Kommissionsgeschäfte aller Art Anwendung[145]. Diese Ausdehnung des § 95 BörsG zu einer allgemeinen strafrechtlichen Norm, die zur Verdeutlichung besser ins Strafgesetzbuch aufgenommen worden wäre, läßt sich u.a. schon daraus schließen, daß der Begriff "Börse" in allen Strafbestimmungen des Börsengesetzes (§§ 87, 88, 89, 91, 92, 94) außer in § 95 enthalten ist. Noch deutlicher ist der Hinweis in RGSt 71, 341, 345[146], wo es heißt:

> "Die Strafbestimmung läßt sich nicht auf den Verkehr mit Börsenwerten beschränken, vielmehr treffen die für die Strafbarkeit sprechenden Gründe bei allen Personen zu, die als Kommissionäre im Sinne des HGB. (Art. 360, 378) Handelsgeschäfte für Rechnung eines Auftraggebers abschließen."

Führt der Bankier in der Eigenschaft als Kommissionär andere Geschäfte als solche mit Wertpapieren aus und erteilt er dabei Rat oder Auskunft in betrügerischer Absicht, so haftet er also nicht gemäß §§ 823 II BGB, 263 StGB, sondern gemäß §§ 823 II BGB, 95 BörsG.

---

145) RGSt 61, 341, 345;
OLG Hamm JZ 1953, 233, 234;
Baumbach-Duden, Anm. 1 A zu § 383 HGB;
Stenglein-Feisenberger, Anm. 1 zu § 95 BörsG;
Bremer S. 147

146) Dieser Hinweis betrifft die amtliche Begründung zu § 74 des Entwurfs des Börsengesetzes von 1896 (Reichstag, 9. Leg. Per., IV. Sess. Anlagen - Bd. 1, Nr. 14, S. 5, 33).

Für die Deliktsunfähigkeit der juristischen Personen unter den Banken gilt an dieser Stelle das oben [147] Ausgeführte entsprechend[148].

5) § 826 BGB

Sofern die Haftung der Bank nicht aus § 823 BGB hergeleitet werden kann, kommt noch § 826 BGB als Anspruchsgrundlage in Betracht. Diese Rechtsnorm schützt die gesamte rechtliche und wirtschaftliche Interessensphäre des Menschen. Eine Beschränkung der Schutzfunktion auf einzelne Rechtsgüter - entsprechend der Regelung in § 823 I BGB - besteht bei § 826 BGB nicht. Diese Vorschrift greift deshalb auch dann als Anspruchsnorm ein, wenn das Vermögen in seiner Gesamtheit durch falsche Rat- oder Auskunftserteilung geschädigt wird.

Die Schädigung muß gegen die guten Sitten verstoßen. Der Begriff "gute Sitten" ist nicht so sehr Bestandteil des rechtlichen wie vielmehr des gesellschaftlichen Bereichs. Darüber täuscht auch nicht die immer wieder zur Erklärung vorgenommene Umschreibung der guten Sitten mit dem "Verhalten aller billig und g e r e c h t Denkenden" hinweg. Da insbesondere die hier bedeutsamen moralischen Anschauungen unserer Gesellschaft horizontal (innerhalb der Bevölkerungsschichten) wie vertikal (im Zeitverlauf)

---

147) S. 73 f

148) Nur am Rande sei vermerkt, daß § 95 BörsG ein Sonderdelikt ist, da es beim Täter die Kommissionärseigenschaft voraussetzt. Diese hat nur die juristische Person (= Bank) selbst. Dennoch können sich ihre Organe, obwohl selbst nicht Kommissionäre, gemäß § 14 I, Nr. 1 StGB wegen eines Verstoßes gegen § 95 BörsG strafbar machen.

variieren, ist eine genaue Bestimmung der guten Sitten nicht möglich.

Zur Verdeutlichung seien im folgenden einige aus der umfangreichen Rechtsprechung bekanntgewordene Fälle eines Sittenverstoßes aufgeführt. Der Bankier handelt z.B. immer dann sittenwidrig, wenn er wissentlich einen falschen Rat oder eine falsche Auskunft erteilt[149] oder eine Ansicht als seine Überzeugung hinstellt, von dessen Richtigkeit er nicht überzeugt ist[150]. Häufig handelt der Bankier hierbei in der Absicht, sich selbst einen Vorteil zu verschaffen[151]; dieser Fall wird in der Regel schon durch §§ 823 II BGB, 263 StGB erfaßt.

Die falsche Äußerung braucht jedoch nicht zwingend in positivem Tun, sie kann auch im Unterlassen bestehen, indem der Bankier bei der Rat- bzw. Auskunftserteilung wesentliche Umstände verschweigt, deren Mitteilung für das Gesamtverständnis des Rates oder der Auskunft erforderlich gewesen wäre. An das Erfordernis der Vollständigkeit sind jedoch bei einer Kreditauskunft weniger strenge Maßstäbe anzulegen als bei einem Anlagerat. Diese Unterscheidung ergibt sich aus der Vertrauensstellung des Bankiers gegenüber dem Angefragten, der

---

149) RG Recht 1908, Nr. 2172;
RG WarnRspr 1912, Nr. 24;
OLG Karlsruhe WM 1967, 1257, 1258

150) RG SeuffBl Bd. 67, 504, 506;
OLG München HRR 1932, Nr. 612

151) RGZ 138, 103, 107;
RG LZ 1915, 1149;
RG SeuffArch Bd. 90, Nr. 96;
BGHZ 13, 228, 233

gewöhnlich sein Kunde ist. Die Vertrauensstellung verpflichtet den Bankier gegenüber seinem Kunden zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses, so daß dem Anfragenden nicht uneingeschränkt Auskunft erteilt werden kann. Die Kreditauskünfte lassen deshalb oft nur schemenhaft die wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse des Angefragten erkennen.

Weiterhin kann nach Ansicht des Reichsgerichts[152] in folgendem Verhalten ein Sittenverstoß liegen: Ein Bankier erteilt zunächst gutgläubig eine objektiv unwahre Auskunft. Nachdem er die Unwahrheit erkannt hat, berichtigt er jedoch die erteilte Auskunft nicht, sondern läßt den Anfragenden in dem Glauben, eine richtige Auskunft erhalten zu haben. Für die Beantwortung der Frage, ob die Berichtigung der falschen Auskunft sittlich geboten erscheint, sind nach Ansicht des Reichsgerichts[153] die Umstände des Einzelfalles, insbesondere Höhe und Umfang des dem Kunden möglicherweise entstehenden Schadens entscheidend. Dies kann jedoch nicht richtig sein, da es sich bei den Verstößen gegen die guten Sitten immer um "Betätigung von Gesinnungsgemeinheit"[154] handelt, deren Bejahung nicht von einer bestimmten Mindestschadenshöhe abhängig ist. Wesentlich ist, d a ß aufgrund einer sittlich zu mißbilligenden Handlung ein Schaden eintreten wird, und nicht, w i e h o c h der eintretende Schaden sein wird.

---

152) RG JW 1917, 285, 286
153) a.a.O.
154) Bendix in SeuffBl. Bd. 71, 2, 9

Von dem oben angeführten Beispiel ist der Fall zu unterscheiden, daß der Bankier eine objektiv richtige Auskunft erteilt, die später aufgrund veränderter Vermögensverhältnisse des Angefragten nicht mehr den Tatsachen entspricht. Wenn der Bankier von der neuen Vermögenslage Kenntnis erlangt, ist er nicht verpflichtet, dem Anfragenden hiervon Mitteilung zu machen. Der Inhalt einer Kreditauskunft braucht immer nur mit den Gegebenheiten übereinzustimmen, die im Zeitpunkt der Auskunftserteilung vorhanden sind.

Die Annahme eines Sittenverstoßes ist weiterhin dann begründet, wenn der Bankier gewissenlos, leichtfertig, "ins Blaue hinein", also grob fahrlässig falschen Rat oder falsche Auskunft erteilt. Über die Bedeutung dieser groben Fahrlässigkeit hat sich in Rechtsprechung[155] und Literatur[156] eine lebhafte, teilweise leiden-

---

155) RG SeuffArch Bd. 76, Nr. 209;
RGZ 72, 175, 176;
RGZ 90, 106, 107 ff;
RGZ 143, 48, 51;
RG JW 1933, 2513;
RG WarnRspr 1935, Nr. 115;
BGHZ 10, 228, 233;
BGH WM 1956, 1229;
OLG Karlsruhe WM 1967, 1257;
OLG Hamburg WM 1975, 703, 705

156) RGRK-Kreft, Anm. 54 zu § 826 BGB;
Ratz in RGRK z. HGB, Rdnr. 10 des Anh. zu § 349 HGB;
Schlegelberger-Hefermehl, Rdnr. 38 zu § 347 HGB;
Soergel-Siebert-Mühl, Rdnr. 28 zu § 676 BGB;
Soergel-Siebert-Knopp, Rdnr. 143 zu § 826 BGB;
Sichtermann S. 348;
Gieschen S. 58 f;
Winkler S. 28;
Brombach in DGWR 1936, 315, 316;
Cordes in BankA 1933/34, 161, 164;
Gadow in DJ 1933, 813, 814;
Liesecke in WM 1970, 502, 510;
Pikart in WM 1966, 698, 702;
Sprengel in Spark 1955, 131, 134

schaftlich geführte Diskussion entwickelt. Als ihr Ergebnis ist festzuhalten und besonders zu betonen, daß es sich bei der groben Fahrlässigkeit zwar um ein subjektives Moment handelt, dieses jedoch zur Feststellung eines Tatbestandsmerkmals - der Sittenwidrigkeit - dient und deshalb nicht mit der zweiten subjektiven Haftungsvoraussetzung - dem Schädigungsvorsatz - zusammengefaßt oder verwechselt werden darf. Daß eine solche Verwechslung in Rechtsprechung[157] und Literatur[158] dennoch verschiedentlich vorgekommen ist, liegt wohl vorwiegend in der schon angedeuteten Besonderheit begründet, daß nicht erst bei der Feststellung der Schuld, sondern schon bei der des Tatbestandes subjektive Momente zu prüfen sind. Außerdem sind die von der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Begründung eines Sittenverstoßes verwendeten Begriffe "Leichtfertigkeit" und "Gewissenlosigkeit" wohl häufig mißverstanden worden: Während diese Begriffe den Grad der Nachlässigkeit kennzeichnen (grobe Fahrlässigkeit oder culpa lata), wurden sie häufig als Beispiele für den Grad der Erfolgsvoraussicht verstanden (bewußte Fahrlässigkeit oder luxuria).

So sieht z.B. Brombach[159] aufgrund eines Mißverständnisses der Entscheidungen RG JW 21, 584 und RGZ 90, 106 ff die den Grad der Nachlässigkeit betreffende

---

157) Hinweis bei RGZ 90, 106, 108 auf ein Urteil des OLG Köln

158) Gieschen S. 59 f;
Brombach in DGWR 1936, 315, 316;
auch wohl Barthel S. 12

159) a.a.O.

grobe Fahrlässigkeit als minus gegenüber dem Vorsatz an, der den Grad der Erfolgsvoraussicht betrifft. Gieschen[160] hält es für unvereinbar, bei der Feststellung der Sittenwidrigkeit Fahrlässigkeit, bei der Schädigung jedoch Vorsatz anzunehmen. Dadurch daß Gieschen den Begriff "Fahrlässigkeit" ohne jede Differenzierung verwendet, verwechselt er die grobe Fahrlässigkeit mit der bewußten. Nur die letztere, nicht aber die grobe Fahrlässigkeit stellt sich als minus gegenüber dem Vorsatz dar. Mit dem Schädigungsvorsatz kann deshalb auch nur die grobe Fahrlässigkeit im Rahmen des § 826 BGB gleichzeitig zusammentreffen.

Während also für die Feststellung des Sittenverstoßes, der die Rechtswidrigkeit indiziert, grob fahrlässiges Handeln des Bankiers ausreicht, muß die Schädigung des Anfragenden vorsätzlich erfolgen. Der Bankier muß das Bewußtsein haben, daß durch seine falsche Rat- bzw. Auskunftserteilung ein Schaden eintreten wird, und diesen Schaden muß der Bankier auch wollen. Die Absicht der Schädigung ist nicht erforderlich, es reicht vielmehr aus, daß der Bankier um die Möglichkeit des Schadenseintritts weiß und ihn billigend in Kauf nimmt (dolus eventualis). Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit ist nicht erforderlich; es genügt die Kenntnis des Bankiers von den die Sittenwidrigkeit begründenden Tatumständen. Der Vorsatz braucht sich auch nicht auf den Kausalverlauf und den Umfang des Schadens zu beziehen. Der Bankier braucht weiterhin nicht konkret zu wissen, welche

---

160) a.a.O.

Person durch seine falsche Äußerung geschädigt wird[161].

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, daß die beiden subjektiven Haftungsvoraussetzungen bei der Sittenwidrigkeit und bei der Schadenszufügung theoretisch - wie dargestellt - streng zu trennen sind, in der Praxis sich jedoch zwischen ihnen zahlreiche Verbindungen zeigen. So ist z.B. die absichtliche Schadenszufügung in der Regel auch sittenwidrig. Umgekehrt läßt ein besonders hoher Grad an Nachlässigkeit (grobe Fahrlässigkeit) bei der sittenwidrigen Handlung häufig den Schluß auf mindestens bedingten Vorsatz bei der Schädigung zu[162].

IV) Die vertragliche Haftung der Bank für eigenes Verschulden gegenüber dem Angefragten

Während bisher nur die Haftung der Bank gegenüber dem Anfragenden Gegenstand der Untersuchung war, soll im folgenden ein Überblick über die Haftung der Bank gegenüber dem Angefragten gegeben werden. Es kommen hier insbesondere Ansprüche des Angefragten wegen Erteilung einer zwar wahren, aber zu weitgehenden oder einer falschen,

---

161) Vgl. zum gesamten Komplex "Schädigungsvorsatz":
RG WarnRspr 1908, 518;
BGH WM 1970, 633, 636;
BGH WM 1974, 153;
OLG Hamburg WM 1975, 703, 705;
Soergel-Siebert-Knopp, Rdnr. 52 f zu § 826 BGB m.w.N.

162) Soergel-Siebert-Knopp, Rdnr. 46 zu § 826 BGB

für ihn ungünstigen, das Bankgeheimnis verletzenden Kreditauskunft in Betracht. Dabei sei jedoch gleich betont, daß Ansprüche dieser Art in der Praxis nur eine relativ untergeordnete Rolle spielen, da der Angefragte in den meisten Fällen nicht erfährt, daß über ihn eine Auskunft erteilt worden ist.

Ein vertraglicher Anspruch wegen der Verletzung einer zwischen dem Bankier und dem Kunden bestehenden Geschäftsverbindung kommt auch hier nicht in Betracht[163]. Nur aus der Verletzung des jeweiligen Einzelvertrages kann der Angefragte einen vertraglichen Anspruch gegen den Bankier herleiten. Schließt der Kunde ein spezielles Bankgeschäft - gleich welchen Inhalts - mit dem Bankier ab, so weiß der Kunde (Wissen = Erkennenmüssen) aufgrund des Wortlauts der Nr. 10 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, daß über ihn grundsätzlich Kreditauskünfte, soweit durch sie das Bankgeheimnis nicht verletzt wird, erteilt werden können. Wünscht der Kunde, daß über ihn keinerlei Auskunft erteilt wird, so muß er dies mit dem Bankier gesondert vereinbaren. Gibt der Bankier in diesem Fall dennoch eine Auskunft, so haftet er dem Angefragten gegenüber wegen positiver Forderungsverletzung des (Einzel-)Vertrages, dessen Bestandteil die Sondervereinbarung geworden ist.

---

163) Zur Begründung s. S. 55 ff.

V) Die d e l i k t i s c h e Haftung der Bank für eigenes Verschulden gegenüber dem A n g e - f r a g t e n

1) § 823 I BGB ("Gesundheit")

Als deliktische Anspruchsgrundlage kommt zunächst § 823 I BGB in Betracht. Durch eine über seine Person oder sein Unternehmen erteilte falsche Kreditauskunft kann der Angefragte Schaden an seiner Gesundheit nehmen. Diesbezüglich kann auf die obigen Ausführungen[164] verwiesen werden; sie können hier entsprechende Anwendung finden.

2) § 823 I BGB ("sonstiges Recht": Ehre)

Weiterhin kann die Ehre des Angefragten durch eine über ihn erteilte Kreditauskunft verletzt sein. Die Ehre ist ein Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das der Bundesgerichtshof unter Berufung auf Art. 1, 2 GG als "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 I BGB anerkannt hat[165].

Verletzt ist die Ehre des Angefragten, wenn die Kreditauskunft herabwürdigende Werturteile oder Äußerungen über seine Person enthält. Da beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht eine klare Abgrenzung des Schutzbereiches

---

164) S. 67 f

165) BGHZ 35, 363, 367 ("Ginseng-Wurzel");
vgl. auch schon:
BGHZ 13, 334, 338 ("Leserbrief");
BGHZ 20, 345, 351 ("Paul Dahlke")

fehlt - es handelt sich um ein "Rahmenrecht"[166] - indiziert der Verletzungserfolg nicht ohne weiteres die Widerrechtlichkeit des Handelns. Diese ist vielmehr eigens zu prüfen, d.h.: Der Feststellung, ob die Erteilung der betreffenden Kreditauskunft rechtswidrig ist, muß eine umfassende Güterabwägung vorausgehen. Diese ist bei einer Auskunftserteilung unter besonderer Beachtung des Art. 5 GG (Recht der freien Meinungsäußerung) vorzunehmen. Gegeneinander abzuwägen sind das Recht der Bank zur Erteilung einer Kreditauskunft mit dem im Einzelfall in Frage stehenden ehrverletzenden Inhalt einerseits und das Recht der persönlichen Ehre des Angefragten andererseits. Von ausschlaggebender Bedeutung für das Ergebnis dieser Abwägung kann § 193 StGB sein. Es handelt sich hierbei zwar um eine strafrechtliche Norm; jedoch regelt diese Vorschrift

> "den Sonderfall von Interessenkollisionen, die auf dem Gebiet des Ehrenschutzes auftreten können, nach einem übergeordneten Rechtsgedanken, der in allen Fällen Bedeutung gewinnt, wo im Widerstreit verschiedener Belange die Verletzung eines Rechtsgutes in Kauf genommen werden muß"(167).

3) § 823 I BGB ("sonstiges Recht": Gewerbebetrieb)

Weiterhin wird durch § 823 I BGB auch das Recht am ein-

---

166) Fikentscher § 103 II;
vgl. auch BGHZ 45, 296, 307 ("Höllenfeuer").
167) BGHZ 3, 270, 280 f ("Constanze");
ähnlich auch BGHZ 8, 142, 144 f

gerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geschützt[168]. Ohne den folgenden Untersuchungen vorgreifen zu wollen, kann schon hier festgestellt werden, daß aufgrund der §§ 823 II, 824, 826 BGB die Bedeutung des § 823 I BGB in diesem Zusammenhang allein darin besteht, Gewerbebetriebe vor kreditgefährdenden, wahren Tatsachen zu schützen, die nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Aufgrund dieser - auch außerhalb des Bereiches der Kreditgefährdung - geringen Bedeutung fassen Rechtsprechung[169] und Literatur[170] § 823 I BGB in seiner Funktion als Schutznorm für das Recht am Gewerbebetrieb auch nur als Auffangtatbestand und subsidiäre Anspruchsnorm auf.

Ob die Erteilung einer ungünstigen, die Kreditwürdigkeit eines Geschäftsbetriebes erschütternden Auskunft als Verletzungshandlung, als Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb gewertet werden kann, hängt davon

---

168) ständige Rechtsprechung, u.a.:
RGZ 58, 24, 29 m.w.N.;
RGZ 73, 107, 111 m.w.N.;
BGHZ 3, 270, 279 f;
BGHZ 29, 65, 67.
Trotz der in diesem Zusammenhang relativ geringen praktischen Bedeutung des § 823 I BGB als gewerbeschützende Norm - die große Mehrzahl aller Fälle wird von den §§ 823 II, 824, 826 BGB erfaßt - soll der Schutz des Rechts am Gewerbebetrieb aus Gründen der Systematik an dieser Stelle untersucht werden.

169) BGHZ 45, 298, 307 ("Höllenfeuer");
BGH NJW 1966, 2010, 2011;
BGH NJW 1969, 1207, 1208

170) Palandt-Thomas, Anm. 6 g zu § 823 BGB;
auch wohl Soergel-Siebert-Zeuner, Rdnr. 83 zu § 823 BGB

ab, ob der Eingriff unmittelbar betriebsbezogen ist[171]. Vom Reichsgericht wurde die Unmittelbarkeit zunächst immer dann bejaht, wenn sich der Eingriff gegen den Bestand des Gewerbebetriebes richtet[172]. Später erweiterte das Reichsgericht die Grenzen seiner Rechtsprechung: Ein Eingriff in den Bestand wurde nicht mehr gefordert; es genügte vielmehr jede rechtswidrige und schuldhafte Beeinträchtigung der Gewerbetätigkeit eines anderen auf dem Gebiet des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts[173]. Inzwischen ist der Bundesgerichtshof noch weiter gegangen. In seiner Rechtsprechung schützt er durch § 823 I BGB den Gewerbebetrieb in seinen einzelnen Erscheinungsformen, ohne daß der Rechtsverstoß das Wettbewerbs- oder Warenzeichenrecht betreffen müßte[174]. Außerdem verwendet die Rechtsprechung[175] den Begriff "Unmittelbarkeit" jetzt immer nur noch in Verbindung mit "Betriebsbezogenheit", und zwar nicht kumulativ (Unmittelbarkeit u n d Betriebsbezogenheit), sondern erläuternd (Unmittelbarkeit i m S i n n e

---

171) BGHZ 3, 270, 278 ff ("Constanze");
BGHZ 29, 65, 74 ("Stromkabel")
172) Vgl. hierzu:
RGZ 101, 335, 337;
RGZ 102, 223, 225;
RGZ 126, 93, 96
173) Vgl. hierzu:
RGZ 163, 21, 32;
RG MuW 1931, 276, 277;
RG GRUR 1940, 375, 378;
RG GRUR 1942, 54, 55
174) BGH in ständiger Rechtsprechung, grundlegend:
BGHZ 3, 270, 279;
BGHZ 29, 65, 69
175) seit BGHZ 29, 65, 74

v o n Betriebsbezogenheit). Betriebsbezogen ist ein Eingriff immer dann, wenn er Rechte oder Rechtsgüter betrifft, die vom Gewerbebetrieb nicht ohne weiteres zu trennen sind[176].

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung ist festzustellen, daß die Mitteilung ungünstiger - auch wahrer[177] - Tatsachen an den Anfragenden durchaus einen Eingriff in den Gewerbebetrieb des Angefragten darstellen kann. Zur Bejahung des Merkmals "Betriebsbezogenheit" reicht es aus, daß der Bankier dem Anfragenden eine Kreditauskunft in dem Wissen erteilt, der Anfragende werde von dem zunächst mit dem Angefragten geplanten Geschäftsabschluß Abstand nehmen, und daß dieser Erfolg eintritt. Der Angefragte bzw. sein Gewerbebetrieb lebt aber gerade davon, mit anderen Geschäfte abzuschließen. Ein größeres Maß an Unmittelbarkeit im Sinne von Betriebsbezogenheit ist deshalb gar nicht denkbar.

Auch bei dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb handelt es sich um ein sog. Rahmenrecht. Zur Feststellung der Rechtswidrigkeit des Handelns der Bank ist ihr Recht zur Behauptung kreditgefährdender Tatsachen gegen das Recht des Angefragten auf ungestörte unternehmerische Tätigkeit abzuwägen. In diesem Zusammenhang ist wiederum der Rechtsgedanke des § 193 StGB zu berücksichtigen[178]: Hält sich im Einzelfall

---

176) BGH a.a.O.
177) Soergel-Siebert-Zeuner, Rdnr. 83 zu § 823 BGB
178) Vgl. hierzu das Zitat auf S. 85.

die Interessenwahrung in den von dieser Vorschrift gebilligten Grenzen, so können auch gewerbestörende Werturteile, die tatbestandsmäßig unter § 823 I BGB fallen, durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt sein[179].

4) §§ 823 II BGB, 185 ff StGB

Weiterhin könnte sich eine Schadensersatzpflicht des Bankiers aus § 823 II BGB in Verbindung mit §§ 185 ff StGB ergeben.

Im Zusammenhang mit der Erteilung einer Kreditauskunft schützt § 185 StGB den Angefragten vor ehrverletzenden Werturteilen des Bankiers. Dabei ist es gleichgültig, ob das Werturteil dem Betroffenen (Angefragten) oder einem Dritten (Anfragenden) gegenüber geäußert wird, weiterhin, ob es eine natürliche Person ("Gauner") oder eine juristische ("Schwindelfirma") betrifft. Auch die letztere ist nach heute h.M. beleidigungsfähig im Sinne der §§ 185 ff StGB, wenn sie eine öffentlich anerkannte Aufgabe gesellschaftlicher oder wirtschaftlicher Art erfüllt und einen eigenen rechtlichen Willen bilden kann[180]. Diese Voraussetzungen dürften im Regelfall vorliegen.

Gemeinsames Tatbestandsmerkmal der §§ 186 f StGB ist das Behaupten oder Verbreiten von Tatsachen, die ge-

---

179) BGHZ 3, 270, 281 ("Constanze")
180) Vgl. hierzu grundlegend BGHSt 6, 186, 191, im übrigen Dreher, Anm. 3 A zu § 185 StGB.

eignet sind, einen anderen verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen.

Als sinnlich wahrnehmbare Sachverhalte der Vergangenheit oder Gegenwart[181] sind Kreditauskünfte, die fast ausschließlich etwas über die finanzielle Situation des Angefragten bis zum Zeitpunkt der Anfrage aussagen, Tatsachen im Sinne der oben genannten Vorschriften. Sofern eine Auskunft ausnahmsweise eine Aussage über die voraussichtliche weitere Entwicklung des Angefragten beinhaltet und sich dabei auf vergangene oder gegenwärtige Sachverhalte stützt, ist auch diese Prognose eine Tatsache im Sinne der §§ 186 f StGB[182].

Gemäß diesen Vorschriften müssen die betreffenden Tatsachen geeignet sein, den Betroffenen verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. Es reicht also schon die abstrakte Möglichkeit der Rufgefährdung.

Und schließlich muß der Täter die Tatsachen behaupten oder verbreiten, d.h.: Er muß sie als nach eigener Überzeugung richtig oder als Gegenstand fremden Wissens hinstellen[183]. Beide Möglichkeiten sind denkbar, wenn der Bankier des Anfragenden eine Auskunft erteilt, die er seinerseits beim Bankier des Angefragten eingeholt hat.

---

181) Schönke-Schröder, Rdnr. 3 zu § 186 StGB
182) Vgl. RGSt 67, 2, 3.
183) Dreher, Anm. 2 B, C zu § 186 StGB;
Schönke-Schröder, Rdnrn. 6 f zu § 186 StGB

Nach diesen Gemeinsamkeiten der §§ 186 f StGB sei noch kurz auf ihre Besonderheiten hingewiesen: Im Gegensatz zu § 187 StGB enthält § 186 StGB noch zusätzlich die Wendung "wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist". Es handelt sich hierbei nicht um ein Tatbestandsmerkmal, auf das sich die Schuld des Täters beziehen müßte. Nachforschungen über die Wahrheit sind vielmehr von Amts wegen anzustellen. Mißlingt der Wahrheitsbeweis, so geht dies zu Lasten des Täters[184]. Gegenüber § 186 StGB bietet § 187 StGB insofern eine Besonderheit, als die Zwecke, zu denen die Tatsache geeignet sein muß, um die Alternative der Kreditgefährdung erweitert worden sind. Unter Kredit versteht man in diesem Zusammenhang das Vertrauen, das eine Person hinsichtlich der Erfüllung ihrer vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten genießt[185], kurz: ihre finanzielle Glaubwürdigkeit.

Die Erfüllung einer der drei erwähnten Tatbestände indiziert die Rechtswidrigkeit, sofern nicht ein Rechtfertigungsgrund eingreift, der die Schadensersatzpflicht entfallen läßt. Für die §§ 185 f StGB kommt hier allein § 193 StGB (Handeln zur Wahrnehmung berechtigter Interessen) in Betracht[186]. Das Interesse des Bankiers an der Erteilung einer Kreditauskunft geht in der Regel dahin, dem Anfragenden durch die Erteilung der Auskunft

---

184) Dreher, Anm. 2 D zu § 186 StGB;
Schönke-Schröder, Rdnrn. 11 ff zu § 186 StGB

185) OLG Celle GA 1952, 104

186) Die Voraussetzungen für die Rechtfertigung eines nach § 187 StGB tatbestandsmäßigen Verhaltens sind nur in seltenen Ausnahmefällen gegeben.

eine Gefälligkeit[187] zu erweisen und ihn so als Kunden nicht zu verlieren. Um dieses berechtigte Interesse wahrzunehmen, muß die beleidigende Äußerung das angemessene Mittel sein. Ob dies der Fall ist, kann nur bei Kenntnis der Sachlage des jeweiligen Einzelfalles entschieden werden. In jedem Fall ist es aber unangemessen, wenn der Bankier wider besseres Wissen ehrenrührige Tatsachen über den Angefragten behauptet oder verbreitet. Ein derartiges Verhalten stellt regelmäßig einen Verstoß gegen die guten Sitten dar.

Sofern § 193 StGB nicht eingreift und die Rechtswidrigkeit indiziert wird, ist zur Begründung einer Schadensersatzpflicht gemäß § 823 II BGB in Verbindung mit §§ 185 ff StGB noch erforderlich, daß der Täter schuldhaft im Sinne des Strafrechts handelt.

5) §§ 823 II BGB, 15 UWG

Ein weiteres Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB ist § 15 UWG (geschäftliche Verleumdung)[188]. Absatz 1 dieser Vorschrift lautet:

> "Wer wider besseres Wissen über das Erwerbsgeschäft eines anderen, über die Person des Inhabers oder Leiters des Geschäfts, über die Waren oder gewerblichen Leistungen eines anderen Tatsachen der Wahrheit zuwider behauptet

187) im untechnischen Sinne
188) Rosenthal-Leffmann, Rdnr. 14 zu § 15 UWG; Brückner in Recht 1903, 273, 275 (betreffend § 7 UWG a.F., der § 15 UWG n.F. entspricht)

> oder verbreitet, die geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts zu schädigen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahre und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen bestraft."

Sofern der Bankier diesen Deliktstatbestand erfüllt, ergibt sich in Verbindung mit § 823 II BGB auch hier eine zivilrechtliche Schadensersatzpflicht. Bezüglich der Unwahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsachen muß der Bankier mit direktem Vorsatz handeln ("wider besseres Wissen").

6) § 824 BGB

Von größerer Bedeutung als § 823 BGB ist häufig § 824 I BGB (Schutz der Geschäftsehre). Für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes dieser Vorschrift ist es u.a. erforderlich, daß gegenüber einem Dritten (natürliche oder juristische Person[189]) unwahre Tatsachen behauptet oder verbreitet werden; Meinungsäußerungen und Werturteile werden von § 824 I BGB nicht erfaßt. Die Unwahrheit der Tatsachen kann sich auch in unvollständiger, übertreibender oder entstellender Darstellung wahrer Tatsachen zeigen[190]. Daß durch die Behauptung oder Verbreitung der Tatsachen Nachteile herbeigeführt oder Rechtsgüter tatsächlich verletzt werden, ist nicht erforderlich. Es reicht vielmehr die bloße Kredit g e -

---

189) Vgl. die Ausführungen zur Beleidigungsfähigkeit juristischer Personen auf S. 89.

190) RGZ 75, 61, 63;
BGH WM 1973, 164, 165;
Erman-Drees, Rdnr. 7 zu § 824 BGB;
Palandt-Thomas, Anm. 3 zu § 824 BGB;
Sefrin S. 28

f ä h r d u n g , die u.a. dadurch bewirkt werden kann, daß der Bankier die finanzielle Lage des Angefragten mittels einer falschen Kreditauskunft in ungünstigem Licht erscheinen läßt.

In subjektiver Hinsicht genügt als Haftungsvoraussetzung jede Art von Fahrlässigkeit. Dies ergibt sich für die Kenntnis der Unwahrheit der Tatsachen direkt aus dem Gesetzeswortlaut: "..., wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muß", also die Unwahrheit infolge Fahrlässigkeit nicht kennt.

Auch bezüglich der anderen Tatbestandsmerkmale (Behaupten oder Verbreiten von Tatsachen, Eignung der Tatsachen zur Kreditgefährdung) muß der Anspruchsgegner - hier: der Bankier - mindestens fahrlässig handeln. Dieses Erfordernis wird von einem Teil der Literatur ohne[191] oder nur mit unzureichender Begründung[192] abgelehnt. Dieser Ansicht ist jedoch mit der Rechtsprechung[193] und zahlreichen anderen Autoren der

---

191) Erman-Drees, Rdnr. 10 zu § 824 BGB;
RGRK-Haager, Anm. 12 zu § 824 BGB

192) Enneccerus-Lehmann § 237 I 3, der die Voraussehbarkeit der Kreditgefährdung für nicht erforderlich hält, da diese beschränkende Auslegung des § 824 BGB nicht im Einklang mit dem Wortlaut stehe und auch ein Bedürfnis dafür nicht anzuerkennen sein dürfte.

193) Vgl. hierzu:
RG Gruchot Bd. 71, 799, 801;
RG JW 1917, 713, 714;
RG JW 1930, 1732, 1733

Literatur[194] zu widersprechen und als entscheidendes Argument die Entstehungsgeschichte des § 824 BGB entgegenzuhalten: In den Protokollen[195] wird vor allem die fahrlässige Begehungsweise des § 824 BGB betont; sie wurde als Pendant zum nur vorsätzlich begehbaren § 187 StGB (in Verbindung mit § 823 II BGB) geschaffen. Daraus folgt - abgesehen von den unterschiedlichen Schuldformen - eine Parallelität und Vergleichbarkeit beider Vorschriften, aufgrund derer auch das Verhältnis der Schuld zum Tatbestand bei beiden Vorschriften dasselbe sein muß: Da sich bei § 187 StGB der Vorsatz auf alle Tatbestandsmerkmale bezieht, muß sich auch bei § 824 I BGB der Vorsatz bzw. die Fahrlässigkeit auf alle Tatbestandsmerkmale beziehen. Neben der mindestens fahrlässigen Unkenntnis der Unwahrheit der Tatsachen ist deshalb auch mindestens Fahrlässigkeit bezüglich des Behauptens oder Verbreitens der Tatsachen und bezüglich der Eignung der Tatsachen zur Kreditgefährdung erforderlich.

Auf den durch die Kreditgefährdung hervorgerufenen Schaden braucht sich die Schuld - entsprechend der Regelung in § 823 BGB - nicht zu erstrecken.

Von verwandten, in Verbindung mit § 823 II BGB bedeutsamen strafrechtlichen Vorschriften unterscheidet sich § 824 I BGB in folgenden Punkten: Während bei § 186 StGB

---

194) Vgl. hierzu:
Rosenthal-Leffmann, Rdnr. 4 zu § 14 UWG;
Soergel-Siebert-Zeuner, Rdnr. 2 zu § 824 BGB;
Traeger S. 211 f;
Klingsporn in NJW 1960, 1435, 1436

195) II 637 f

die Nichterweislichkeit der Wahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsache ausreicht, muß bei § 824 I BGB der Anspruchsteller die Unwahrheit der Tatsache und das Verschulden des Anspruchsgegners beweisen. Im Gegensatz zu § 187 StGB, der direkten Vorsatz verlangt ("wider besseres Wissen"), genügt bei § 824 I BGB Fahrlässigkeit hinsichtlich der Kenntnis der Unwahrheit der Tatsachen. Außerdem stellt § 824 I BGB eine Erweiterung insofern dar, als diese Vorschrift nicht nur vor Kreditgefährdung - wie § 187 StGB -, sondern auch vor Nachteilen für Erwerb oder Fortkommen des Geschädigten Schutz gewährt.

Eine dem § 193 StGB in Inhalt und Funktion verwandte Vorschrift ist § 824 II BGB. Es kann deshalb an dieser Stelle auf die Ausführungen zu § 193 StGB[196)] verwiesen werden. Eine Erweiterung enthält § 824 II BGB gegenüber § 193 StGB jedoch insofern, als bei der letzteren Vorschrift der Täter zur Rechtfertigung grundsätzlich das eigene Interesse wahrnehmen muß. Die Wahrnehmung fremder Interessen ist zur Rechtfertigung nur ausreichend, wenn der Täter zu ihnen in besonders enger Beziehung steht. Um die Existenz einer solchen engen Beziehung bejahen zu können, reicht das Verhältnis zwischen dem Bankier und seinem Kunden nicht aus. Dagegen genügt bei § 824 II BGB zur Rechtfertigung bereits das Interesse des Mitteilungsempfängers ohne jede Einschränkung. Der Empfänger einer Kreditauskunft ist in der Regel daran interessiert, sich vor Schaden zu bewahren,

---

196) S. 91 f

den er z.B. durch unüberlegte Kreditgewährung erleiden könnte. Dieses Interesse trifft gewöhnlich mit dem des Bankiers an der Auskunftserteilung[197] zusammen. Den Nachweis des berechtigten Interesses hat in jedem Fall der Bankier als Mitteilender zu erbringen.

7) § 826 BGB

Für etwaige Ansprüche des Angefragten aus § 826 BGB gilt das oben[198] Ausgeführte entsprechend. Der Schaden des Angefragten besteht gewöhnlich darin, daß der Anfragende ihm aufgrund einer ungünstigen Auskunft, die er von der Bank erhalten hat, keinen Kredit gewährt.

Bedeutung hat § 826 BGB hier insbesondere für alle Angriffe gegen Ruf oder Ehre, deren Schädigung nicht mit den schon erwähnten Anspruchsgrundlagen geltend gemacht werden kann. An dieser Stelle ist besonders die Behauptung ungünstiger, aber wahrer Tatsachen zu erwähnen; sie verstößt gegen die guten Sitten, wenn sie ohne jedes berechtigte Interesse und ohne sachlichen Grund nur in der Absicht aufgestellt wird, dem Angefragten Schaden zuzufügen. Als Beispiel möge folgender Fall dienen: Der Bankier erwähnt mit Schädigungsabsicht in einer Kreditauskunft einen lange Zeit zurückliegenden Konkurs des Angefragten, obwohl hierzu aufgrund der zum Zeitpunkt der Auskunftserteilung bestehenden finan-

197) s.o. S. 91 f
198) S. 76 ff

ziellen Verhältnisse des Angefragten keinerlei Veranlassung besteht. Ist der mit der Behauptung ungünstiger, wahrer Tatsachen verfolgte Zweck nicht sittenwidrig, so reicht es jedoch für die Begründung eines Anspruchs aus § 826 BGB schon aus, daß zwischen dem Schaden des Angefragten und dem Nutzen der Bank aus der Tatsachenmitteilung ein krasses Mißverhältnis besteht[199].

8) §§ 1, 14 UWG

Eine Haftung der Bank gemäß §§ 1, 14 UWG kommt nur dann in Betracht, wenn sie bei der Erteilung einer falschen Kreditauskunft "zu Zwecken des Wettbewerbs" handelt. Ein auf Wettbewerb gerichtetes Handeln ist immer dann zu bejahen, wenn es zum Nutzen des eigenen oder eines fremden Geschäftsbetriebes darauf abzielt, den Betrieb des Verletzten durch den Entzug geschäftlicher Vorteile (z.B. Schmälerung des Absatzes, Entziehung von Kunden) zu beeinträchtigen. Als weitere Voraussetzung muß hinzukommen, daß Schädiger und Ge-

---

199) Vgl. zur Sittenwidrigkeit der Behauptung ungünstiger, wahrer Tatsachen die folgenden Quellen. Die dort angeführten Sachverhalte und Beispiele betreffen zwar vorwiegend die Mitteilung von Vorstrafen bei der Auskunftserteilung durch Auskunfteien; jedoch können die zu diesen Fallgestaltungen entwickelten Grundsätze auch hier Anwendung finden:
RG WarnRspr 1914, 186;
RGZ 115, 416, 417;
RG JW 1928, 1211;
BGH VersR 1954, 286, 287;
RGRK-Kreft, Anm. 54 zu § 826 BGB;
Ratz in RGRK z. HGB, Rdnr. 9 des Anh. zu § 349 HGB;
Soergel-Siebert-Knopp, Rdnr. 144 zu § 826 BGB

schädigter die gleichen wirtschaftlichen Ziele verfolgen oder die gleichen wirtschaftlichen Bedürfnisse anderer befriedigen[200].

Zwar kann die Bank durch die Erteilung einer falschen Kreditauskunft zum Vorteil des eigenen Geschäftsbetriebes handeln, indem sie den Anfragenden veranlaßt, dem Angefragten Kredit zu gewähren, um sich selbst den dem Angefragten eingeräumten Kredit für die Sicherung eigener Forderungen zunutze zu machen. Dieses Vorgehen geschähe jedoch nicht "zu Zwecken des Wettbewerbs", denn die Bank gehört immer einer anderen Wirtschaftsbranche als der Angefragte an, verfolgt also andere wirtschaftliche Ziele und befriedigt auch andere wirtschaftliche Bedürfnisse als der Angefragte.

VI) Die Haftungsproblematik bei Mitwirkung einer zweiten Bank

Bisher wurde die Haftungsproblematik bei der Auskunftserteilung nur für die Fälle untersucht, in denen der Anfragende und der Angefragte Kunden desselben Kreditinstitutes sind. Häufig ist dies jedoch nicht der Fall. Es müssen dann zwei Banken für die Erteilung einer Kreditauskunft bemüht werden, denn der Anfragende erhält in der Regel von der Bank des Angefragten direkt keine Auskunft. Vielmehr muß der Anfragende sich zunächst an seine eigene Bank wenden, die dann für ihn bei der Bank

---

200) RGZ 118, 133, 136;
ähnlich Rosenthal-Leffmann, Rdnr. 6 zu § 1 UWG u. Rdnr. 7 zu § 14 UWG

des Angefragten die Auskunft einholt. Erteilt nun diese Bank eine falsche Auskunft und erleidet der Anfragende aus diesem Grunde einen Schaden, so stellt sich die Frage nach den Ansprüchen des Anfragenden gegen die Bank des Angefragten.

Für die Beantwortung dieser Frage im vertraglichen Bereich ist zunächst vorauszuschicken, daß ein unmittelbarer Kontakt zwischen dem Anfragenden und dem Bankier des Angefragten nicht zustandekommt; dies ergibt sich schon aus den obigen Ausführungen. Der Anfragende wird bei einem Kreditauskunftsersuchen aber auch nicht durch seine Hausbank unmittelbar (im Sinne der §§ 164 ff BGB) vertreten. Die tägliche Praxis zeigt vielmehr, daß Banken bei Kreditanfragen, die an andere Banken gerichtet sind, immer nur als mittelbare Vertreter ihrer Kunden auftreten: Die Bank des Anfragenden handelt zwar (wirtschaftlich) im Interesse ihres anfragenden Kunden, sie tritt jedoch (rechtlich) im eigenen Namen auf. Letzteres äußert sich häufig im Wortlaut der Kreditanfragen. Sie sind in der Regel so abgefaßt, daß bei dem Empfänger der Eindruck entsteht, die erbetene Auskunft sei nur für eigene Zwecke der Bank des Anfragenden bestimmt, oder daß zumindest doch offen bleibt, ob die Auskunft für diese Bank oder einen ihrer Kunden bestimmt ist.

1) Verhältnis zwischen den beteiligten Banken

Von der rechtlichen Qualifizierung des zwischen den beteiligten Banken bestehenden Verhältnisses hängt es

ab, welcher Art die Ansprüche sind[201], die der Anfragende bei Erteilung einer falschen Kreditauskunft geltend machen kann.

Legt man die obigen[202] Ausführungen zugrunde, so könnte man davon ausgehen, daß zwischen der Bank des Anfragenden und der des Angefragten ein Auskunftsvertrag zustande kommt. Denn die Bank des Angefragten ist hinsichtlich der Auskunftserteilung besonders sachkundig und weiß, daß von der von ihr erteilten Auskunft Vermögensdispositionen abhängig gemacht werden. Dem steht jedoch der bei allen Kreditinstituten übereinstimmende Parteiwille entgegen, Auskünfte, die die Banken sich untereinander erteilen, nicht zum Gegenstand eigener Verträge zu machen[203]. Die von den Banken hierfür vorgetragenen Begründungen sind auf den ersten Blick sehr unterschiedlich, oft vordergründig und teilweise wenig gehaltvoll[204]. Der alle Begründungen und damit letztlich auch den übereinstimmenden Parteiwillen der Banken tragende Gedanke dürfte jedoch der sein, es möglichst zu vermeiden, auf dem Gebiet des Kreditauskunftswesens Leistungspflichten zu begründen. Wenn auch dieser Ge-

---

201) aus einem Vertrag zugunsten Dritter (S. 106 f), aus einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte (S. 107 f), gemäß § 826 BGB (S. 108 ff) oder über die Regelung der Drittschadensliquidation (S. 111 ff)

202) S. 24 ff

203) Der Verfasser stützt sich hier auf fernmündlich eingeholte übereinstimmende Auskünfte deutscher Großbanken und des Bundesverbandes deutscher Banken e.V.

204) So äußerte sich z.B. eine Großbank auf die Frage, warum sie die Erteilung einer Kreditauskunft nicht zum Gegenstand eines Vertrages machen wolle: "Wir wollen keine unnötigen rechtlichen Klimmzüge und Verrenkungen machen."

danke auf die Situation der auskunftgebenden Banken zugeschnitten scheint, so wird er dennoch von den jeweils anfragenden Banken mitgetragen, da ja auch sie in die Situation der auskunftgebenden geraten können. Im übrigen mindert die mangelnde Qualität der von den Banken für ihren Parteiwillen vorgetragenen Begründungen die Bedeutung des Parteiwillens nicht. Nicht auf die Begründung des Parteiwillens, sondern auf den Parteiwillen selbst kommt es an. Stimmt er - wie bei den Banken - bei zwei Vertragspartnern überein, so ist kein Raum für eine Auslegung mehr vorhanden.

Da also die Banken keine Leistungspflichten begründen wollen, die Erteilung einer Kreditauskunft nicht Gegenstand eines Vertrages sein soll, kommt als Grundlage für eine Auskunftserteilung nur ein Gefälligkeitsverhältnis in Betracht. Häufig kommt der Gefälligkeitscharakter schon im Text der Anfrage zum Ausdruck, so etwa: "Wir bitten Sie um die Gefälligkeit, ..." Hierbei ist zu differenzieren, ob das Gefälligkeitsverhältnis gesellschaftlicher oder rechtsgeschäftlicher Natur ist[205].

---

205) Die Terminologie ist auf diesem Rechtsgebiet sehr uneinheitlich. Reuss unterscheidet z.B. in seiner Untersuchung (AcP Bd. 154, 485 ff) zwischen "bloßen Gefälligkeiten" (= Gefälligkeitsverhältnisse im gesellschaftlichen Bereich), "Gefälligkeitsverträgen" (= Gefälligkeitsverhältnisse im rechtsgeschäftlichen Bereich) und "Verträgen aus Gefälligkeit" (z.B. Leihe, Verwahrung, Schenkung).

Unter einem Gefälligkeitsverhältnis im r e c h t s - g e s c h ä f t l i c h e n Bereich versteht man ein Rechtsverhältnis, das zwischen den Beteiligten keinerlei Leistungspflichten begründet, sondern nur die Berücksichtigung vertraglicher Sorgfaltspflichten verlangt, w e n n eine Leistung erbracht wird[206]. Dagegen ist ein g e s e l l s c h a f t l i c h e s Gefälligkeitsverhältnis ein rechtliches "nullum": Es löst weder Leistungs- noch Sorgfaltspflichten aus.

Wesentlich für die Feststellung, ob es sich bei einem Verhältnis zweier Parteien um eine nur tatsächliche oder um eine rechtsgeschäftliche Gefälligkeit handelt, ob also der eine Partner derart mit Rechtsbindungswillen handelt, daß er bei einer Leistungsbewirkung für Sorgfaltspflichtverletzungen gegenüber dem anderen Partner einstehen will, sind die Umstände des Einzelfalles, wie z.B. die Art der Gefälligkeit, ihr Grund und Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung, die Interessenlage der Beteiligten[207].

Wenn man den Tatbestand der Auskunftserteilung zwischen zwei Banken unter diesen Aspekten betrachtet, so ist

---

206) Vgl. hierzu u.a. die folgenden Quellen, die die Zusammenfassung aller für das rechtsgeschäftliche Gefälligkeitsverhältnis charakteristischen Merkmale unter dem Begriff "gentlemen's agreement" vornehmen:
BGH LM Nr. 19 zu § 242 (Be) BGB;
OLG Hamburg MDR 1953, 482;
Enneccerus-Nipperdey § 145 II A 1;
Ruge in WuW 1963, 698, 704

207) grundlegend für die Abgrenzung zwischen tatsächlicher und rechtsgeschäftlicher Gefälligkeit:
BGHZ 21, 102 ff

aufgrund einer vordergründigen und unjuristischen Betrachtung zunächst festzustellen, daß die Erteilung einer Kreditauskunft mit der Einladung zu einem Festmahl - dem Standardbeispiel für eine gesellschaftliche Gefälligkeit - in keiner Weise vergleichbar und auf eine Stufe zu stellen ist. Denn der Erteilung einer Kreditauskunft fehlt es an der dem gesellschaftlichen Bereich eigentümlichen Unverbindlichkeit. Weit bedeutsamer ist der Gesichtspunkt, daß es Grund und Zweck einer jeden eingeholten Kreditauskunft ist, Vermögensdispositionen von ihr abhängig zu machen, wobei es in diesem Zusammenhang unbeachtlich ist, ob die Kreditauskunft für die anfragende Bank selbst oder für einen ihrer Kunden bestimmt ist. Dieser wirtschaftliche Gesichtspunkt bestimmt auch weitgehend die Interessenlage der beteiligten Banken: Die auskunftgebende Bank hat ein Interesse an einer sorgfältigen Auskunftserteilung, weil sie selbst möglicherweise einmal anfragende Bank sein wird und Vermögensdispositionen von der dann benötigten Auskunft abhängig machen will. Aus einem anderen Grunde hat auch die anfragende, auskunftempfangende Bank ein Interesse an sorgfältiger Auskunftserteilung: Sie will sich davor bewahren, aufgrund der erhaltenen Auskunft verfehlte Vermögensdispositionen zu treffen oder - wenn die Auskunft für einen ihrer Kunden bestimmt ist - von diesem aufgrund eines durch falsche Auskunftserteilung erlittenen Schadens in Anspruch genommen zu werden[208]. Und schließlich wollen die jeweils anfragenden Banken

---

208) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 114 ff.

trotz aller Bestrebungen, mit Konkurrenzbanken möglichst keine Rechtsstreitigkeiten auszutragen, bei Sorgfaltspflichtverletzungen der auskunftgebenden Banken Ansprüche gegen diese geltend machen[209], soweit es Nr. 10 AGB[210] erlaubt.

Zusammenfassend ist deshalb festzustellen, daß eine Bank bei der Auskunftserteilung an eine andere Bank den Willen hat, ihrem Handeln insoweit rechtliche Geltung zukommen zu lassen, als sie für Sorgfaltspflichtverletzungen einstehen will. Die Auskunftserteilung unter Banken geschieht also - insbesondere aufgrund der wirtschaftlichen Gewichtigkeit der Auskünfte - im Rahmen eines rechtsgeschäftlichen Gefälligkeitsverhältnisses[211].

Die Haftung aufgrund eines derartigen Gefälligkeitsverhältnisses ist zwar in der Ausnahmeregelung des § 676 BGB ("unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verantwortlichkeit") nicht erwähnt. Da diese Vorschrift je-

---

209) Vgl. Fußn. 203

210) Diese Geschäftsbedingung gilt auch für den Verkehr der Banken untereinander (vgl. Schönle § 2 I 2 a; Kollhosser, JR 1972, 26 in einer Anm. zu BGH JR 1972, 25 f unter Hinweis auf BGHZ 49, 167, 172).

211) Vgl. auch Hammel (BankA 1925/26, 333) und Schütz (S. 204), die die Auskunftserteilung im Verkehr der Banken untereinander als "nobile officium" bezeichnen.
Wie Gaede (Diss. S. 109 und NJW 1972, 1858, 1859) zu der Ansicht gelangt, daß ein zur Sorgfalt verpflichtendes Verhältnis nicht in Betracht kommt, "da ein solches Verhältnis gegen den übereinstimmenden Willen der Parteien nicht angenommen werden kann", bleibt angesichts der Nachforschungen, die der Verfasser bei zahlreichen Kreditinstituten angestellt hat, rätselhaft.

doch nicht die V e r p f l i c h t u n g zur Auskunftserteilung, sondern die Beachtung der Sorgfaltspflichten i m F a l l e der Auskunftserteilung in den Vordergrund stellt, die Sorgfaltspflichten bei Vertrag und rechtsgeschäftlichem Gefälligkeitsverhältnis aber identisch sind, kann auch bei Verletzung des letzteren durch eine schuldhaft falsche Auskunftserteilung eine Ersatzpflicht nach § 676 BGB begründet sein[212].

2) Ansprüche des Anfragenden gegen die Bank des Angefragten

Nachdem das Verhältnis zweier Banken bei einer Auskunftserteilung als rechtsgeschäftliche Gefälligkeit qualifiziert worden ist, sollen im folgenden mögliche Ansprüche des Anfragenden gegen die Bank des Angefragten untersucht werden.

a) Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB)

Mangels Abschlusses eines Auskunftsvertrages unter den beteiligten Banken kann der Anfragende (als Inhaber eines eigenen Rechts auf Leistung) keinen Anspruch aus

---

212) Vgl. hierzu:
Soergel-Siebert-Mühl, Rdnr. 3 zu § 676 BGB;
Staudinger-Nipperdey, Rdnr. 6 zu § 676 BGB;
Enneccerus-Lehmann § 164 II 2;
Larenz (SchuldR II) § 56 I

einem Auskunftsvertrag zugunsten Dritter (vgl. § 328 BGB) geltend machen. Der fehlende Vertrag kann auch nicht durch ein rechtsgeschäftliches Gefälligkeitsverhältnis ersetzt werden. Wesensmerkmal eines Vertrages zugunsten Dritter ist die Verpflichtung, an einen Dritten zu leisten. Gerade eine Leistungsverpflichtung lehnen die Banken aber bei einer Kreditauskunftserteilung ab.

b) Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte

Es wäre jedoch denkbar, daß der Anfragende als sog. Dritter einen Schadensersatzanspruch wegen positiver Forderungsverletzung eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte geltend machen kann. Zwar ist auch hier wiederum davon auszugehen, daß die Banken keinen Vertrag über eine Auskunftserteilung schließen. Es steht jedoch bei einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nicht die Leistungsverpflichtung des Schuldners im Vordergrund, wie es bei einem Vertrag zugunsten Dritter der Fall ist. Aus der Sicht des Dritten kommt es vielmehr ausschließlich darauf an, daß der Schuldner, w e n n er an den Gläubiger leistet, seine Leistung mit der notwendigen Sorgfalt erbringt. Wenn es aus diesem Grunde für einen Schadensersatzanspruch des Anfragenden wegen Verletzung eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte durchaus ausreicht, daß zwischen den beteiligten Banken lediglich ein rechtsgeschäftliches Gefälligkeitsverhältnis zustandekommt, in dessen Schutzbereich der Anfragende einbezogen wer-

den kann, so mangelt es dennoch an mehreren speziellen Voraussetzungen, um dem Anfragenden den erwähnten Anspruch zubilligen zu können.

So fehlt es u.a. zwischen dem Anfragenden und seiner Hausbank an einem Fürsorgeverhältnis mit "personenrechtlichem Einschlag"[213], aufgrund dessen die Bank für das "Wohl und Wehe" ihres Kunden mitverantwortlich ist. Weiterhin ist der Personenkreis, an den die von der Bank des Angefragten erteilte Auskunft letztlich gelangen kann, nicht begrenzt und überschaubar genug.

c) § 826 BGB

Nachdem nunmehr festgestellt ist, daß der Anfragende bei der Erteilung einer falschen Kreditauskunft gegen die Bank des Angefragten keine vertraglichen Ansprüche geltend machen kann, kommen weiterhin nur deliktische Ansprüche in Betracht. Von den bisher schon untersuchten Anspruchsgrundlagen ist hier allein § 826 BGB von Bedeutung. Die obigen[214] Ausführungen zu dieser Vorschrift können entsprechend berücksichtigt werden. Allein die Frage, inwieweit der Schädiger die Person des Geschädigten kennen muß, gewinnt hier besondere Bedeutung, da zwischen dem Schädiger (= Bank des Angefragten) und dem Geschädigten (= Anfragender) noch ein dritter Beteiligter (= Bank des Anfragenden) steht.

---

213) BGH NJW 1968, 1929, 1931, wo in diesem Zusammenhang auf familien-, arbeits- und mietrechtliche Verhältnisse hingewiesen wird. Vgl. auch BGH WM 1974, 685, 686.

214) S. 76 ff

Rechtsprechung[215] und Literatur[216] haben zu diesem Problemkreis schon verschiedentlich Stellung genommen. Unter ihnen ist es einhellige Auffassung, daß es die Bejahung einer vorsätzlichen Schadenszufügung nicht hindert, wenn sich der Vorsatz des Schädigers nicht gegen eine bestimmte Person richtet. Der Schädiger muß jedoch die Schädigung anderer Personen als derer, gegen die sich sein Handeln unmittelbar richtet, mindestens bedingt wollen[217]; insoweit muß der Schädiger also mit dolus eventualis handeln. Nur bewußt fahrlässiges Handeln - der Schädiger hätte sich sagen müssen, daß der schädigende Erfolg bei einem anderen eintreten werde - reicht nicht aus.

Wie in allen Fällen der Unterscheidung zwischen dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit sind auch hier die Grenzen oft fließend. Ob die schädigende Bank be-

---

215) RGZ 23, 130, 137;
RGZ 157, 213, 220;
RG JW 1912, 293 f;
BGH NJW 1956, 1595;
BGH WM 1957, 545, 546;
BGH NJW 1963, 579, 580;
BGH NJW 1965, 249, 251;
OLG Celle WM 1965, 25, 26;
OLG Karlsruhe WM 1967, 1257, 1258;
OLG Stuttgart WM 1968, 950, 951

216) Erman-Drees, Rdnr. 22 zu § 826 BGB;
Palandt-Thomas, Anm. 3 a zu § 826 BGB;
RGRK-Haager, Anm. 16 zu § 826 BGB;
Soergel-Siebert-Knopp, Rdnr. 54 zu § 826 BGB;
Schönle § 5 II 2 c;
Liesecke in WM 1970, 502, 511;
Pikart in WM 1957, 1238, 1242 und in Spark 1957, 192

217) BGH WM 1957, 545, 546

dingt vorsätzlich oder bewußt fahrlässig handelt, ist jeweils Tatfrage. Bei der Prüfung im Einzelfall ist neben dem Wortlaut der Anfrage insbesondere die bei allen Banken übliche und deshalb in Bankkreisen allgemein bekannte Praxis zu beachten, ein Auskunftsersuchen an eine andere Bank so zu formulieren, als wenn die erbetene Auskunft für die anfragende Bank selbst bestimmt sei. In Wirklichkeit steht jedoch in der Mehrzahl aller Fälle von vornherein fest, daß die erbetene Auskunft an eine Privatperson weitergegeben werden soll, die die betreffende Anfrage veranlaßt hat.

Der dolus eventualis der auskunftgebenden Bank ist immer dann als ausgeschlossen zu betrachten, wenn die anfragende Bank in der Anfrage ausdrücklich darauf hinweist, daß die Auskunft ausschließlich für eigene Zwecke erbeten wird, oder wenn die auskunftgebende Bank darum bittet, die erteilte Auskunft nicht weiterzureichen. In diesen Fällen braucht die auskunftgebende Bank nicht damit zu rechnen, daß die Auskunft weitergegeben und eventuell ein unbekannter Dritter durch sie geschädigt wird.

Dagegen schließt die in einer Auskunft enthaltene Klausel "streng vertraulich" den bedingten Vorsatz des Schädigers nicht aus. Denn diese Klausel bedeutet nicht, daß eine erteilte Kreditauskunft generell nicht weitergegeben werden darf. Die strenge Vertraulichkeit bezieht sich vielmehr ausschließlich auf die Art und Weise der Weitergabe einer Auskunft. So ent-

spricht es u.a. der streng vertraulichen Behandlung einer Kreditauskunft, wenn bei der Weitergabe an eine Privatperson die Quelle der Auskunft nicht genannt wird und im übrigen auch alle Hinweise weggelassen werden, die nur auf die Auskunftsquelle schließen lassen. Außerdem sind ungünstige Auskünfte grundsätzlich nicht schriftlich, sondern nur mündlich weiterzuleiten[218].

Kommt man nach Abwägung aller Umstände im Einzelfall zu dem Ergebnis, daß die schädigende Bank hinsichtlich der Person des geschädigten Anfragenden nicht (mindestens) mit dolus eventualis gehandelt hat, so stehen dem Anfragenden nach den bisherigen Untersuchungen gegen die Bank des Angefragten weder vertragliche noch deliktische Schadensersatzansprüche wegen Erteilung einer falschen Auskunft zu.

d) Drittschadensliquidation

Fraglich ist, ob der Anfragende dennoch Schadensersatz erhalten kann, und zwar über die Regelung der Drittschadensliquidation. Sie regelt die Schadensersatzleistung in den Fällen, in denen der Anspruchsberechtigte und der Geschädigte nicht identisch sind.

Das die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation beherrschende Prinzip ist die sog. Schadensverlagerung. Sie ist immer dann zu bejahen, wenn das Verhalten des

---

218) Schütz S. 202

Schädigers einen Schaden nur in der Person eines Dritten, nicht aber in der des Anspruchsberechtigten hervorrufen kann. Es darf nur e i n Schaden entstanden sein, der dem Anspruchsberechtigten erwachsen wäre, wenn er auch Träger des im Einzelfall geschützten Rechtsgutes wäre[219]. Durch dieses Prinzip der Schadensverlagerung soll verschiedenen Billigkeitsgesichtspunkten Rechnung getragen werden. So soll u.a. der Schädiger keinen Vorteil dadurch erlangen, daß der Geschädigte keinen Anspruch hat und deshalb seinen Schaden nicht geltend machen kann, andererseits der Anspruchsberechtigte aber keinen Schaden hat. Zum anderen soll der Schädiger aber auch keine Nachteile erleiden. Aufgrund der Tatsache, daß Anspruchsberechtigter und Geschädigter nicht identisch sind, dürfen sich der zu ersetzende Schaden und auch schon das Schadensrisiko - die Möglichkeit der Schadensentstehung - nicht erhöhen[220].

Zwar stellt sich der Tatbestand einer Auskunftserteilung bei Beteiligung zweier Banken gewöhnlich so dar, daß die Bank des Angefragten nur e i n e Ausfertigung der erbetenen Auskunft an die Bank des Anfragenden übergibt,

---

219) BGHZ 40, 91, 106;
vgl. hierzu auch Hagen S. 65 ff.

220) Vgl. hierzu:
BGHZ 40, 91, 106;
BGH BB 1968, 2168, 2169;
Medicus, Rdnr. 843;
Diehle S. 47;
Lübbe S. 107;
Stolz S. 62;
Mezger in einer Anm. zu BGH LM Nr. 6 zu § 249 (D) BGB (= BGHZ 40, 91 ff)

die die Auskunft - eventuell modifiziert unter Berücksichtigung einer streng vertraulichen Behandlung[221] - dann an ihren Interessenten weiterleitet. Dies bedeutet jedoch nicht, daß auch nur e i n Schaden entstehen kann, wenn sich die Auskunft als falsch erweist. Schon dadurch, daß die Bank des Anfragenden die Auskunft für eigene Zwecke verwertet, kann möglicherweise auch bei ihr, der Anspruchsberechtigten, ein Schaden neben dem des Anfragenden entstehen. Und selbst wenn nur ein Schaden beim Anfragenden entstände, so wäre dies doch immer ein eigener, selbständiger Schaden des Anfragenden und nie ein Schaden, der nur aufgrund besonderer Umstände beim Anfragenden s t a t t bei seiner Hausbank eingetreten wäre. Da also auch die Bank als Anspruchsberechtigte einen Schaden erleiden kann, dessen Eintritt bzw. Nichteintritt allein vom Zufall abhängt, findet eine Schadensverlagerung - wie sie oben[222] beschrieben wurde und für die gewohnheitsrechtlich anerkannten Fälle der Drittschadensliquidation[223] typisch ist - nicht statt.

Es kommt hinzu, daß die anfragende Bank die Auskunft möglicherweise mehreren Interessenten zur Kenntnis bringt, indem sie sie in das erhaltene Auskunftsexemplar Einsicht nehmen läßt oder es vervielfältigt. Hier bietet sich ein Vergleich mit den sog. Veräußererketten an, innerhalb derer Haftungsprobleme nach den Grundsätzen der Produzentenhaftung gelöst werden. Auch

---

221) s.o. S. 110 f
222) S. 111 f
223) z.B. mittelbare Stellvertretung, Obhut für fremde Sachen, obligatorische Gefahrentlastung

hier wird eine "Ware" - die Auskunft - vom Hersteller (= Bank des Angefragten) an den Zwischenhändler (= Bank des Anfragenden) übergeben, der sie dann an den Endverbraucher (= Anfragender) weiterleitet. Anerkanntermaßen können jedoch die Grundsätze der Drittschadensliquidation bei Haftungsfällen innerhalb von Veräußererketten wegen der möglichen Kumulation von Schäden nicht zur Anwendung gelangen.

Wegen fehlender Schadensverlagerung bzw. möglicher Schadenskumulation ist somit die Anwendung der Grundsätze der Drittschadensliquidation abzulehnen.

3) Ansprüche des Anfragenden gegen seine eigene Bank

Für eventuelle vertragliche Ansprüche des Anfragenden gegen seine eigene Bank kann an dieser Stelle grundsätzlich auf die obigen[224)] Ausführungen verwiesen werden. Die einzige Besonderheit besteht in den Fällen der Beteiligung zweier Banken darin, daß die Bank des Anfragenden die erbetene Auskunft nicht aus eigenen Quellen zusammenstellen kann. Vielmehr muß sich die Bank des Anfragenden, da sie den Angefragten und dessen finanzielle Verhältnisse nicht kennt, an die Hausbank des Angefragten wenden. Dies geschieht in Übereinstimmung mit Nr. 9, S. 1 AGB:

---

224) S. 24 ff

"Die Bank darf sich zur Ausführung aller Geschäfte, wenn sie es auch unter Abwägung der Interessen des Kunden für gerechtfertigt hält, Dritter bedienen."(225)

Der Umstand, daß nur der Bank des Angefragten die für die Auskunftserteilung notwendigen Unterlagen zur Verfügung stehen, bringt es mit sich, daß die Bank des Anfragenden auf den Inhalt der Kreditauskunft und dessen Richtigkeit unmittelbar keinen Einfluß ausüben und sie deshalb diesbezüglich auch keine Sorgfaltspflicht treffen kann. Die Bank des Anfragenden kann jedoch mittelbar auf die bei der Abfassung der Kreditauskunft zu beachtende Sorgfalt Einfluß nehmen, indem sie den Dritten - die Bank des Angefragten - sorgfältig auswählt. Dieser Gedanke ist jedoch in der Praxis der Kreditauskunftserteilung nur von geringer Bedeutung, da die Bank des Anfragenden oft nur e i n e Bank "zur Auswahl" hat, derer sie sich bedienen kann. Aber selbst in den Fällen, in denen es sich beim Angefragten um ein größeres Unternehmen handelt, das zu mehreren Kreditinstituten Beziehungen unterhält, dürfte es im Einzelfall schwierig sein, bezüglich der allgemein angewandten Sorgfalt und der Vertrauenswürdigkeit zwischen den

---

225) Mit dem Begriff "Dritte" sind nicht Bedienstete der eigenen Bank gemeint. Vgl. hierzu auch Schütz (S. 15): "Z. 9 gilt nicht bei Überweis. innerhalb des eigenen Filialnetzes einer Bank."
Einen Hinweis für den anfragenden Kunden, daß man sich zu Zwecken der Auskunftserteilung eines Dritten bedient hat, fügt die Bank des Anfragenden in der Regel in den von der Bank des Angefragten erhaltenen Auskunftstext ein (z.B.: "Wie wir von dritter Seite erfahren, ...").

betreffenden Kreditinstituten zu differenzieren. Zudem haben die Banken weitgehend ihre Haftung für diejenigen Schäden ausgeschlossen, die dadurch entstehen, daß sie sich bei der Ausführung von Geschäften Dritter bedienen:

> "Folgt sie (= die Bank) bei der Auswahl des Dritten einer Weisung des Kunden, so trifft sie keine Haftung; andernfalls haftet sie nur für sorgfältige Auswahl" (Nr. 9, S. 2 AGB).

VII) Die Haftung der Bank für das Verhalten Dritter

Von großer praktischer Bedeutung sind die Vorschriften, nach denen die Bank bzw. der Bankier für das schädigende Verhalten Dritter einzustehen hat. Die meisten Bankgeschäfte - einschließlich der Rat- und Auskunftserteilung - werden mit Hilfe dieser sog. Dritten getätigt. Zur Ermittlung der jeweils für den Einzelfall einschlägigen Norm ist es wichtig, die beiden folgenden Unterscheidungen zu treffen:

1) Ist der Inhaber der Bank eine natürliche Person oder ist die Bank eine juristische Person?
2) Haftet die Bank vertraglich oder deliktisch für die Rat- bzw. Auskunftserteilung?

1) Inhaber der Bank ist eine natürliche Person

a) Vertragliche Haftung

Ist der Inhaber der Bank eine natürliche Person, so haf-

tet er im vertraglichen Bereich für schuldhaft falsche Rat- bzw. Auskunftserteilung seines Gehilfen gemäß § 278, S. 1 BGB wie für eigenes Verschulden. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine reine Zurechnungsnorm; zur Geltendmachung eines Anspruchs muß also immer noch eine Haftungsnorm hinzukommen.

Erfüllungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Wollen des Schuldners in dessen Pflichtenkreis tätig wird. Nach h.M. ist der Begriff "Erfüllung" im weiteren Sinne zu verstehen, so daß die Tätigkeit des Gehilfen auch die Vorbereitung und sogar den Abschluß von Verträgen umfassen kann, wenn der Gehilfe Vertretungsmacht hat (sog. Verhandlungs- bzw. Abschlußgehilfe)[226]. Für die Anwendung des § 278 BGB ist es also nicht erforderlich, daß im Zeitpunkt der Verletzungshandlung schon eine Verbindlichkeit bestand.

Der Gehilfe muß die Pflichtverletzung b e i und nicht nur g e l e g e n t l i c h oder a n l ä ß l i c h der Erfüllung der Verbindlichkeit begangen haben[227]. Dieser Forderung der h.M. widerspricht neuerdings Reimer Schmidt[228] mit der Begründung, die Unterscheidung der Schädigung "bei Gelegenheit" von der "in

---

226) Larenz (SchuldR I) § 20 VIII
227) RG JW 1929, 1002, 1004;
BGHZ 49, 19, 23;
BGH VersR 1960, 424, 425;
Erman-Battes, Rdnr. 40 zu § 278 BGB;
Staudinger-Werner, Rdnr. 52 zu § 278 BGB;
Enneccerus-Lehmann § 44 II 2;
Larenz (SchuldR I) § 20 VIII
228) bei Soergel-Siebert, Rdnr. 5 zu § 278 BGB

Erfüllung" widerspreche der von der Schuldrechtslehre entwickelten Erweiterung der gegenseitigen Schutz- und Erhaltungspflichten. Der Vertragspartner habe die Pflicht, den Gegner vor Schädigungen jeder Art im Rahmen des Vertragsverhältnisses zu bewahren. Diesen Äußerungen Reimer Schmidts ist mit seinen eigenen Worten zu entgegnen, daß der Vertragspartner eben nur für Schädigungen "im Rahmen des Vertragsverhältnisses" haftet[229]. In diesen Rahmen fällt aber z.B. nicht mehr ein selbständiges Delikt des Gehilfen[230], (für das Reimer Schmidt den Geschäftsherrn haften lassen will). Die Verpflichtung des Geschäftsherrn, für die Sicherheit seines Vertragspartners zu sorgen, besteht immer nur, soweit es Vertragszweck und Vertragserfüllung im Einzelfall erfordern; eine allgemeine Obhutspflicht trifft den Geschäftsherrn nicht. Es ist deshalb daran festzuhalten, daß der Geschäftsherr nur dann für das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen gemäß § 278, S. 1 BGB einzustehen hat, wenn der Gehilfe die schädigende Handlung b e i Erfüllung der Verbindlichkeit begangen, wenn also zwischen dem schadenstiftenden Verhalten des Gehilfen und dem ihm vom Geschäftsherrn zugewiesenen Aufgabenkreis ein innerer, sachlicher Zusammenhang bestanden hat. Ein solcher ist zu verneinen, wenn jemand - auch in den Räumen der Bank - nicht in seiner Funktion als Bankangestellter, sondern in seiner Eigenschaft als Privatperson Rat

---

229) Staudinger-Werner, Rdnr. 52 zu § 278 BGB

230) Viel zitiertes Beispiel: Diebstahl des Malergesellen anläßlich seiner Tätigkeit in der Wohnung des Kunden.

oder Auskunft erteilt. Ein innerer sachlicher Zusammenhang ist dagegen zu bejahen, wenn jemand - wie z.B. ein im Kassenraum der Bank tätiger Angestellter - aufgrund seiner rechtlichen oder tatsächlichen Stellung als bevollmächtigt gilt (ausdrückliche -, stillschweigende -, Duldungs- oder Anscheins-Vollmacht), den Kundenverkehr abzuwickeln, soweit er die laufenden Geschäfte betrifft (z.B. Kontoeröffnungen, Annahme von Schecks und Überweisungen, Formularausgabe). Zu diesen Geschäften gehört in begrenztem Umfang auch die Rat- und Auskunftserteilung. Die Grenzen werden vorwiegend dadurch bestimmt, daß für die Erteilung spezieller Ratschläge und Auskünfte (und für eventuell im Zusammenhang mit diesen abzuschließende Geschäfte) besondere Abteilungen oder Schalter eingerichtet sind, so z.B. auf den Sektoren "Spareinlagen", "Devisen" und "Effekten". Wenn also ein Angestellter, der für die Erledigung laufender Geschäfte abgestellt ist, Ratschläge für den Wertpapierkauf erteilt, so handelt er nicht mehr b e i Erfüllung der Verbindlichkeit; der Angestellte wird nur a n l ä ß l i c h der Erfüllung tätig, da er durch die Effektenberatung seinen allgemeinen Aufgabenbereich überschreitet. Hiermit darf nicht verwechselt werden die irrtümliche oder sogar willkürliche Überschreitung der Weisungen, die der Angestellte für die Tätigkeit i n n e r h a l b seines Aufgabenbereiches vom Geschäftsherrn erhalten hat; die Erfüllung dieses Tatbestandes kann durchaus die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für seinen Gehilfen gemäß § 278, S. 1 BGB auslösen.

Trotz dieser Unterscheidung läßt sich keine feste Regel aufstellen, nach der entschieden werden kann, ob der Gehilfe bei oder anläßlich der Erfüllung einer Verbindlichkeit gehandelt hat. Die Umstände der Einzelfälle sind so verschieden, daß die oben angeführten Kriterien nicht mehr als eine Orientierungshilfe sein können. Grundsätzlich ist jedenfalls daran festzuhalten, daß solche Handlungen aus dem Haftungsbereich des Geschäftsherrn ausscheiden, die der dem Gehilfen zugewiesenen Aufgabe ganz fremd sind und der Ausführung der ihm übertragenen Tätigkeit gar nicht dienen können[231].

Aus diesem Grundsatz folgt für den Wertpapierinteressenten, daß er in der Regel nur dann für seinen durch schuldhaft falsche Raterteilung entstandenen Schaden vom Bankier gemäß § 278, S. 1 BGB (in Verbindung mit einer Haftungsnorm) Ersatz verlangen kann, wenn ein am Effektenschalter tätiger Angestellter den Rat erteilt hat. Ist dies nicht der Fall gewesen, hat sich der anfragende Kunde vielmehr von anderen Angestellten beraten lassen, so kann er sich mit Rücksicht auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht auf § 278, S. 1 BGB berufen; denn der Kunde weiß (Wissen = Erkennenmüssen), daß bei den Kreditinstituten besondere Effekten-Abteilungen eingerichtet sind. Im gegebenen Fall muß der Wertpapierkunde dann auch die zuständigen Sachbearbeiter für eine Beratung in Anspruch nehmen.

---

231) RG JW 1910, 652

Entsprechendes gilt für die Erteilung einer Kreditauskunft. Der an ihr Interessierte weiß, daß sie nicht am Schalter erteilt wird, insbesondere die für die Erteilung zuständigen Personen nicht im Kassenraum, sondern in Abteilungen (Korrespondenz-Abteilung, Kreditsekretariat) tätig sind, die der sog. Laufkundschaft nicht ohne weiteres zugänglich sind.

b) Deliktische Haftung

Als maßgebliche Vorschrift für den deliktischen Bereich kommt § 831 BGB in Betracht. Im Gegensatz zu § 278 BGB handelt es sich bei dieser Vorschrift um eine Haftungs- u n d Zurechnungsnorm: Zugerechnet wird dem Geschäftsherrn das Verhalten seines Gehilfen; haften soll er für vermutetes eigenes Verschulden bei der Auswahl und Beaufsichtigung seines Gehilfen.

Verrichtungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Wollen im Interessenbereich des Geschäftsherrn tätig und von dessen Weisungen abhängig ist. Um ein Weisungsrecht bejahen zu können, genügt es z.B. schon, daß der Geschäftsherr den Umfang der Gehilfentätigkeit beschränken, erweitern oder dem Verrichtungsgehilfen sogar einen völlig neuen Aufgabenkreis zuordnen kann[232]. Das Weisungsrecht braucht sich also nicht auf spezielle Einzelleistungen des Verrichtungsgehilfen zu beziehen.

---

232) BGHZ 45, 311, 313

Das schadenstiftende Verhalten des Verrichtungsgehilfen muß tatbestandsmäßig und rechtswidrig die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung erfüllen. Weiterhin muß der Gehilfe die unerlaubte Handlung in Ausführung der Verrichtung und nicht nur gelegentlich derselben begangen haben[233].

Die in § 831 I 1 BGB zu Lasten des Geschäftsherrn ausgesprochene Vermutung, schuldhaft gehandelt zu haben, kann durch den Exkulpationsbeweis widerlegt werden. Gemäß § 831 I 2 BGB ist dieser Beweis als erbracht anzusehen, wenn der Geschäftsherr nachweist, daß er bei der Anstellung und späteren Beaufsichtigung seines Verrichtungsgehilfen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. An diese Sorgfalt sind bei einem Bankier aufgrund seiner Stellung als Vertrauensperson besonders hohe Anforderungen zu stellen. Er muß sich deshalb bei der Anstellung eines Gehilfen u.a. Zeugnisse vorlegen lassen und Erkundigungen bei früheren Arbeitgebern einholen, also feststellen, ob sich der Betreffende für die vorgesehene Tätigkeit eignet.

Nach der Anstellung hat der Bankier seine Gehilfen bei ihrer Tätigkeit mit der erforderlichen Sorgfalt zu be-

---

233) An dieser Stelle kann auf die Untersuchungen zu § 278 BGB verwiesen werden. Die dort (S. 116 ff) getroffene Unterscheidung zwischen dem Handeln eines Erfüllungsgehilfen b e i Erfüllung einer Verbindlichkeit einerseits und dem Handeln g e l e g e n t l i c h der Erfüllung andererseits kann auf § 831 I 1 BGB entsprechend übertragen werden.

aufsichtigen. Obwohl diese Aufsichtstätigkeit eher allgemeiner als spezieller Natur ist - nicht jede einzelne Rat- bzw. Auskunftserteilung braucht überprüft zu werden -, ist es dem Bankier aufgrund der Größe des Betriebes, insbesondere der Vielzahl der Gehilfen, oft nicht möglich, seine Aufsichtspflicht angemessen zu erfüllen. In diesen Fällen delegiert der Bankier gewöhnlich die Aufsichtstätigkeit und eventuell auch die Auswahl der Gehilfen auf ihm direkt unterstellte Mittelspersonen wie z.B. Abteilungsleiter. Für die Exkulpation bietet sich dann der sog. dezentralisierte Entlastungsbeweis an. Um ihn erfolgreich führen zu können, hat der Bankier die sorgfältige Auswahl und Beaufsichtigung der Mittelspersonen zu beweisen. Hinzukommen muß der Nachweis einer Betriebsorganisation, die den Mittelspersonen ihrerseits die Möglichkeit bietet, die ihnen untergebenen Angestellten sorgfältig auszuwählen und zu beaufsichtigen[234].

Und schließlich genügt bei mangelnder Sorgfalt des Bankiers für die Exkulpation bereits der Nachweis, daß "der Schaden auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt entstanden sein würde" (§ 831 I 2 BGB).

---

234) Vgl. hierzu:
Palandt-Thomas, Anm. 6 A b zu § 831 BGB;
Soergel-Siebert-Zeuner, Rdnr. 40 zu § 831 BGB

2) Die Bank ist juristische Person

a) Vertragliche Haftung

Eine weitaus größere Bedeutung als die natürlichen Personen haben in unserem Wirtschaftsleben die juristischen Personen unter den Banken[235]. Besonders hervorzuheben ist die Aktiengesellschaft als die u.a. von allen privaten Großbanken gewählte Rechtsform.

Insbesondere in der Literatur ist es strittig, welche Vorschrift für die vertragliche Haftung des Vorstandes in Betracht kommt. Seine Ursache hat dieser Streit in der Diskrepanz zwischen der Organtheorie (die juristische Person handelt selbst durch ihre Organe) und der Vertretertheorie (die juristische Person ist nicht handlungsfähig, so daß der Vorstand als ihr Vertreter fungiert).

Coing[236] und Battes[237] gehen davon aus, daß der juristischen Person das vertragliche Handeln ihres Vor-

---

235) Im Interesse der Übersichtlichkeit der weiteren Untersuchung sind die nachfolgenden Rechtsausführungen ausschließlich auf die juristischen Personen des Privatrechts und auf die des öffentlichen Rechts abgestellt, soweit die letzteren privatrechtlich handeln (§ 89 I BGB). Zu den ohnehin nicht häufigen Fällen des hoheitlichen Handelns öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute vgl. Sichtermann S. 334 f.

236) bei Staudinger, Rdnr. 6 f zu § 31 BGB

237) bei Erman, Rdnr. 12 zu § 278 BGB

standes gemäß § 278, S. 1 BGB zugerechnet wird (sog. Vertretertheorie). Diese Ansicht stützt sich im wesentlichen auf den Wortlaut der §§ 26 II 1, 278, S. 1 BGB: Der Vorstand "vertritt" und "hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters" (§ 26 II 1 BGB) und "Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters ..." (§ 278, S. 1 BGB). Demgegenüber verneint der überwiegende Teil der Literatur die Anwendbarkeit des § 278 BGB[238]: Gemäß § 26 II 1 BGB habe der Vorstand nur die S t e l l u n g eines gesetzlichen Vertreters, deshalb s e i er aber nicht gesetzlicher Vertreter der juristischen Person[239]. Das schuldhafte Handeln des Vorstandes (und auch der übrigen verfassungsmäßig berufenen Vertreter) sei nicht " w i e eigenes Verschulden" (§ 278, S. 1 BGB), sondern " a l s eigenes Verschulden" der juristischen Person anzusehen[240]; das Verschulden des Vorstandes sei also eigenes Verschulden der juristischen Person[241]. Für solches Eigenverschulden sei allein die Zurechnungsnorm des § 31 BGB maßgeblich, § 278 BGB be-

---

238) Palandt-Heinrichs, Anm. 2 b zu § 278 BGB;
RGRK-Alff, Rdnr. 8 zu § 278 BGB;
Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx, Rdnr. 6 zu § 31 BGB;
Staudinger-Werner, Rdnr. 102 vor § 275 BGB und Rdnr. 11 zu § 278 BGB;
Esser I, § 39 V, VI 1;
Lange § 29 V 2

239) Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx, Rdnr. 4 zu § 31 BGB

240) Esser I, § 39 V

241) Palandt-Heinrichs, Anm. 2 b zu § 278 BGB;
Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx, Rdnr. 6 zu § 31 BGB;
Staudinger-Werner, Rdnr. 16 zu § 278 BGB

rühre dagegen nur die Haftung für Fremdverschulden[242] (sog. Organtheorie).

Unabhängig davon, ob man § 31 BGB als Argument für die Organtheorie und gegen die Vertretertheorie ansieht oder ob man der Ansicht ist, § 31 BGB enthalte keinerlei Anhaltspunkte für oder gegen eine der beiden Theorien[243], so wird doch allein durch die Anwendung der Grundsätze der Organtheorie der mit § 31 BGB verfolgte gesetzgeberische Zweck erreicht: Die Stellung der juristischen Person soll im Rechtsverkehr der Stellung der natürlichen Person weitgehend angepaßt werden[244]. Dazu gehört auch die Gleichstellung beider Rechtssubjekte hinsichtlich der vertraglichen Haftung. Wollte man den Vorstand als "gesetzlichen Vertreter" (§ 278, S. 1 BGB) ansehen, so könnte man für ihn die Haftung gemäß §§ 278, S. 2, 276 II BGB ausschließen. Ein haftender Schuldner im Sinne des § 278, S. 1 BGB wäre dann gar nicht vorhanden, so daß die juristische Person gegenüber der natürlichen einen ungerechtfertigten Vorteil hätte. Für einen geschädigten Dritten wäre es dann nicht gleichgültig, ob eine natürliche oder eine juristische Person die schädigende Handlung begangen hat.

Um die aufgezeigten Unbilligkeiten zu vermeiden, ist davon auszugehen, daß § 31 BGB den § 278 BGB verdrängt. Die juristische Person handelt also selbst durch ihre Organe; das Verschulden der Organe ist eigenes Verschulden der juristischen Person.

---

242) Palandt-Heinrichs, Anm. 2 b zu § 278 BGB
243) so Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx, Rdnr. 2 zu § 31 BGB
244) Erman-H. Westermann, Rdnr. 1 zu § 31 BGB; Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx, Rdnr. 1 zu § 31 BGB

Zu den Organen gehören der Vorstand in seiner Gesamtheit, jedes einzelne Vorstandsmitglied und die verfassungsmäßig berufenen Vertreter (§ 31 BGB). Letzteren ist gemäß § 30 BGB durch die Satzung der jeweiligen Bank ein bestimmter Aufgabenbereich übertragen (z.B. Wahrnehmung der Aufgaben eines bestimmten Sachgebietes oder Wahrnehmung aller Aufgaben auf örtlicher Ebene). Da die Satzungen der einzelnen Kreditinstitute inhaltlich voneinander abweichen, soll an dieser Stelle - mit Ausnahme der folgenden Ausführungen - nicht näher darauf eingegangen werden, welche Personen im einzelnen verfassungsmäßig berufene Vertreter sind.

Vieldiskutiert war und ist die Eigenschaft des Filialleiters als verfassungsmäßig berufener Vertreter. Während Sefrin[245], Weiler[246] und zunächst auch das Reichsgericht[247] - eng an den Wortlaut des Gesetzes gebunden - noch davon ausgingen, die Bestellung eines Filialleiters müsse in der Satzung vorgesehen sein, damit er gemäß §§ 30 f BGB als verfassungsmäßig berufener Vertreter handeln könne, ließen es Simons[248] und Wahnbeck[249] bei fehlender ausdrücklicher Satzungsbestimmung bereits ausreichen, daß sich aus dem Zusammenhang der Satzungsbestimmungen die Möglichkeit der Bestellung eines Filialleiters ergibt. Dies ist z.B. der Fall, wenn in der Satzung eines Kreditinstitutes die Errichtung einer Filiale vorgesehen ist, mit der notwendiger-

---

245) S. 40
246) S. 87
247) RGZ 74, 21, 23
248) S. 69
249) S. 47

weise die Bestellung eines Filialleiters einhergehen muß[250].

Eine noch weitergehende Ansicht vertrat dann später das Reichsgericht[251]. Seine Grundgedanken sind in den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs bestätigt und weiterentwickelt worden:

> "Es kann dahingestellt bleiben, ob der Filialleiter durch die Satzung der Bank neben dem Vorstand als besonderer Vertreter für die Geschäfte der Filiale bestellt war oder ob ihm die Stellung eines Angestellten zugewiesen war. Da er im Bereich der Filiale nicht nur Anordnungsbefugnisse nach innen, sondern auch Vertretungsbefugnisse nach außen haben mußte und gleichsam als Repräsentant des Unternehmens anzusehen ist, ist er jedenfalls einem verfassungsmäßigen Vertreter im Sinne des § 31 BGB gleichzusetzen."(252)

Oder an anderer Stelle: Für die Gleichstellung sei es nicht erforderlich, daß der Vertreter

> "mit uneingeschränkter rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht ausgestattet ist oder daß es sich um einen Aufgabenbereich innerhalb der geschäftsführenden Verwaltungstätigkeit der juristischen Person handelt. Es reicht vielmehr aus, wenn dem Vertreter auch durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugeordnet

---

250) Vgl. RGZ 91, 1, 8.
251) RGZ 163, 21, 30
252) BGH BB 1956, 770, 771

sind, daß er die juristische Person also auf diese Weise repräsentiert"(253).

Durch diese Gleichstellung ist das gesetzliche Erfordernis der Berücksichtigung in der Satzung (§ 30 BGB) durch Funktion und Aufgabe des Filialleiters verdrängt, zumindest aber doch in seiner Bedeutung weitgehend abgeschwächt worden. Dennoch ist diese inzwischen ständige Rechtsprechung[254] nicht als gesetzeswidrig anzusehen; denn nach der Entscheidung f ü r die Organtheorie[255] ist es durchaus konsequent, die Banken für die Personen haften zu lassen, deren Handeln sich für den Kunden in der Praxis auch tatsächlich als eigenes Handeln der Banken darstellt. Im Hinblick auf einen möglichen Haftungsausschluß (§§ 278, S. 2, 276 II BGB) wäre es geradezu unbillig, wenn die Banken sich darauf berufen könnten, ihre Repräsentanten seien durch die Satzung nicht als verfassungsmäßig berufene Vertreter ausgewiesen und deshalb auch nicht Schuldner, sondern nur Erfüllungsgehilfen.

---

253) BGHZ 49, 19, 21;
vgl. auch:
BGHZ 20, 164, 167;
BGH NJW 1962, 1195, 1196;
OLG Hamburg VersR 1968, 552

254) Vgl. neben den beiden schon zitierten Entscheidungen (BGH BB 1956, 770 f und BGHZ 49, 19 ff):
BGHZ 13, 198, 202 f;
BGHZ 38, 183, 186;
BGH WM 1956, 826, 828 f;
BGH WM 1970, 632, 633;
BGH WM 1970, 633, 634 f;
BGH NJW 1970, 1737, 1738;
BGH WM 1974, 685, 686

255) Zur Begründung siehe S. 126, dazu Fußn. 244.

Die Haftung der juristischen Person tritt gemäß § 31 BGB immer nur dann ein, wenn das Organ (bzw. die einem Organ gleichzustellende Person) bei der schädigenden Handlung im Rahmen seines ihm zugewiesenen Geschäftsbereichs tätig gewesen ist[256]. Sofern die eingeräumte Vertretungsmacht überschritten wird, haftet das Organ persönlich. Der Maßstab der zu beachtenden Sorgfalt bemißt sich dann jedoch nicht nach § 347 HGB, denn das Organ selbst ist kein Kaufmann[257]. Der Sorgfaltsmaßstab bemißt sich vielmehr grundsätzlich nach § 276 BGB. Für den Vorstand als eines der Organe greifen je nach Rechtsform der juristischen Person Spezialvorschriften ein (§§ 93 I AktG, 34 I GenG; für den Geschäftsführer einer GmbH: § 43 I GmbHG).

Für alle Personen, die nicht Organe oder diesen Gleichzustellende sind, erfolgt die Zurechnung schädigenden Verhaltens gemäß § 278 BGB. In diesem Zusammenhang kann auf die obigen[258] Ausführungen verwiesen werden.

b) Deliktische Haftung

Wie bei der vertraglichen so ist - unter Berücksichtigung der Organtheorie - auch bei der deliktischen Haftung zwischen dem schädigenden Verhalten der Organe und

---

256) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 118 ff entsprechend.
257) Schlegelberger-Hefermehl, Rdnr. 4 zu § 347 HGB
258) S. 116 ff

dem der Gehilfen zu unterscheiden. Für die unerlaubten Handlungen ihrer Organe haftet die Bank wieder gemäß § 31 BGB als Zurechnungsnorm, für die Delikte aller anderen Angestellten ist § 831 BGB die maßgebende Vorschrift; sie bietet gegenüber § 31 BGB den Vorteil der Exkulpationsmöglichkeit[259].

Die juristische Person haftet jedoch nicht nur für positives Tun; sie hat auch für alle durch Unterlassen entstandenen Schäden einzustehen. So haftet die juristische Person z.B. immer dann, wenn sie es unterlassen hat, für einen bestimmten Geschäftsbereich einen besonderen verfassungsmäßig berufenen Vertreter zu bestellen, und daraus ein Schaden entstanden ist (Haftung wegen eines Organisationsmangels[260]). Die Notwendigkeit einer solchen Bestellung kann sich ergeben, wenn der betreffende Geschäftsbereich aufgrund seines Umfangs oder seiner Bedeutsamkeit vom (Gesamt- oder Einzel-)Vorstand selbst zu leiten wäre, dieser aber aus bestimmten Gründen (z.B. Arbeitsüberlastung) nicht in der Lage ist, seine Aufgaben hinreichend zu erfüllen. Da die Banken für Organisationsmängel gemäß § 31 BGB haften, ist eine Exkulpation nicht möglich.

§ 831 II BGB hat für die juristischen Personen unter den Banken keine besondere Bedeutung, denn die Perso-

---

259) Bezüglich der übrigen mit § 831 BGB zusammenhängenden Rechtsfragen vgl. S. 121 ff.

260) Vgl. hierzu:
RGZ 157, 228, 235;
OLG Köln MDR 1961, 412;
Ratz in RGRK z. HGB, Rdnr. 37 des Anh. zu § 349 HGB;
Lehmann-Hübner § 61 III 5 b

nen, die als Anspruchsgegner in Betracht kommen, sind ausschließlich die Filialdirektoren. Diese sind jedoch satzungsgemäß berufene Vertreter oder doch diesen gleichzustellende Personen[261], so daß im gegebenen Fall § 823 BGB in Verbindung mit § 31 BGB als Anspruchsgrundlage eingreift.

VIII) Der Umfang des zu ersetzenden Schadens

Bei den Schäden, die durch falsche Rat- und Auskunftserteilung der Kreditinstitute verursacht werden, handelt es sich vorwiegend um Vermögensschäden, seltener um Nichtvermögensschäden. Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen: Der Anfragende erhält für sein Geld keine wertäquivalenten Wertpapiere oder bekommt das dem Angefragten aufgrund günstiger Kreditauskunft gewährte Darlehen nicht zurück; der Angefragte wird durch einen beleidigenden Inhalt der über ihn erteilten Auskunft in seiner Ehre verletzt oder kann günstige Geschäfte nicht abschließen, weil die Bank an potentielle Geschäftspartner ungünstige Auskünfte über ihn erteilt hat.

1) Alleinverschulden der Bank

Art und Umfang des Schadensersatzes, den der Bankier dem Kunden für die entstandenen Vermögensschäden zu

---

261) S. 127 ff

leisten hat, bemessen sich nach den §§ 249 ff BGB. Gemäß § 249, S. 1 BGB hat der Ersatzpflichtige "den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre". Dieser Grundsatz der Naturalrestitution läßt sich bei Vermögensschäden jedoch nicht verwirklichen. Hier greift vielmehr § 251 I BGB ein, wonach der Ersatzpflichtige an den Berechtigten einen Geldbetrag zu zahlen hat. Die Höhe dieses Geldbetrages hängt nicht nur von der Schadenshöhe, sondern u.a. auch davon ab, ob der Geschädigte seinen Schadensersatzanspruch auf eine vertragliche, vorvertragliche oder deliktische Anspruchsgrundlage stützen kann.

Unter den vertraglichen Anspruchsgrundlagen ist hier besonders die positive Forderungsverletzung hervorzuheben. Sofern die Verletzungshandlung bei einem Kunden zur Entstehung eines Schadens führt, ist beim Ausgleich nicht generell auf den Ersatz des Vertrauensschadens, des Erfüllungs- oder Erhaltungsinteresses abzustellen; zu ersetzen sind vielmehr alle unmittelbaren und mittelbaren Nachteile, die der Geschädigte durch das Verhalten des Schädigers erlitten hat[262]. Zu diesen Nachteilen gehört bei Vermögensschäden auch der entgangene Gewinn (§ 252 S. 1 BGB).

Diese Grundsätze bedeuten für die Fälle der falschen Kreditauskünfte, daß der anfragende Kunde so zu stel-

---

262) Soergel-Siebert-Reimer Schmidt, Rdnr. 39 vor § 275 BGB;
Köpcke S. 134

len ist, als wenn er eine richtige Auskunft erhalten hätte[263]. Hierbei sind zwei Fallgestaltungen denkbar: Hat der Anfragende aufgrund einer falschen, g ü n s t i g e n Auskunft ein für ihn nachteiliges Geschäft mit dem Angefragten abgeschlossen, so kann er die Nachteile ersetzt verlangen, wenn er nachweist, daß er bei Erteilung einer richtigen Auskunft, die zuungunsten des Angefragten ausgefallen wäre, den konkreten Vertrag nicht abgeschlossen hätte (Beispiel: Ein Anspruch des Anfragenden gegen den Angefragten auf Kreditrückzahlung läßt sich nicht realisieren). Sofern in der Kreditanfrage ein Geldbetrag beziffert ist, den der Anfragende für den Angefragten vorgesehen hat, beschränkt sich die Haftung des Kreditinstitutes auf die Höhe dieses Betrages[264]. Im zweiten, umgekehrten Fall kann der Anfragende die Vorteile ersetzt verlangen, die ihm entgangen sind, weil er aufgrund einer falschen, u n g ü n s t i g e n Auskunft von einem Geschäftsabschluß mit dem Angefragten Abstand genommen hat (Beispiel: Ablehnung eines Kredites, der dem Anfragenden bei Rückzahlung Zinsen erbracht hätte). Im letzteren Fall hat der Anfragende zu beweisen, daß er bei richtiger Auskunftserteilung einen für sich vor-

---

263) Vgl. hierzu:
Soergel-Siebert-Reimer Schmidt, Rdnr. 6 zu §§ 249 - 253 BGB;
Enneccerus-Lehmann § 14 VI;
Larenz (SchuldR I) § 27 II b 4;
Pikart in WM 1966, 698, 704

264) Vgl. hierzu:
Soergel-Siebert-Mühl, Rdnr. 33 zu § 676 BGB;
Sefrin S. 27 f;
Brombach in DGWR 1936, 315

teilhaften Vertrag mit dem Angefragten abgeschlossen hätte. Nach zutreffender h.M.[265] wird dem Anfragenden diese Beweisführung durch § 252, S. 2 BGB erleichtert. Diese Vorschrift stellt sich als Ergänzung des § 287 ZPO dar, wonach "das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung" über die Höhe des Schadens entscheidet. Der Gegenbeweis des Bankiers, daß der Auskunftsuchende die Vorteile (auch) bei richtiger Auskunft nicht erlangt hätte, ist jederzeit zulässig.

Auch der Angefragte kann Schadensersatz verlangen, wenn er durch eine über ihn erteilte Auskunft Schaden erlitten hat. Aufgrund der Verletzung des Bankgeheimnisses als Bestandteil eines jeden Einzelvertrages, der zwischen dem Angefragten und seiner auskunftgebenden Bank abgeschlossen wird[266], ist der Angefragte berechtigt, gemäß den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung die Herstellung des Vermögenszustandes zu verlangen, der bestehen würde, wenn der Anfragende mit ihm einen Vertrag (z.B. über Kreditgewährung) abgeschlossen hätte.

Vermögensschäden kann ein Bankkunde weiterhin erleiden, wenn er aufgrund eines schuldhaft falsch erteilten Anlagerates des Bankiers minderwertige Wertpapiere ge-

---

265) Vgl. hierzu:
BGH NJW 1964, 661, 662;
BGH VRS Bd. 29, 411, 413;
BAG NJW 1968, 72;
Palandt-Heinrichs, Anm. 3 a zu § 252 BGB;
Enneccerus-Lehmann § 15 III 8;
Esser I, § 41 II 5 b;
Larenz (SchuldR I) § 29 II b

266) s.o. S. 82 f

kauft hat. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen Aktien, die vorwiegend nach ihrem Börsenkurs beurteilt werden, und sog. Festverzinslichen, deren Bedeutung in ihrer Ertragsfähigkeit liegt.

Hat ein Kunde aufgrund falscher Beratung des Bankiers geringwertige oder unsichere Aktien gekauft, so bereiten Feststellung und - im gegebenen Fall - Ausgleich des Schadens erhebliche Schwierigkeiten. Zunächst ist fraglich, ob überhaupt ein Schaden eingetreten ist. Nicht jeder Kursrückgang seit dem Kauf der Aktien kann als Schaden des Kunden anerkannt werden; das gilt auch dann, wenn die Papiere unter den Kurswert sinken, zu dem der Kunde sie erworben hat. Wollte man in jedem dieser Fälle einen Schaden bejahen, so würde der Kunde von dem für Aktien typischen Spekulationsrisiko befreit: Er könnte bei erfolgreicher Spekulation die Vorteile nutzen und bei fehlgeschlagener die Nachteile auf den Bankier abwälzen. Die Entscheidung, ob ein Schaden des beratenen Kunden anerkannt werden kann oder nicht, muß immer unter dem Gesichtspunkt getroffen werden, daß der Bankier mit seinem Rat nicht für stetigen Kursanstieg der empfohlenen Papiere garantiert. Der Bankier steht vielmehr nur dafür ein, daß er die Wertpapierberatung mit der seinem Berufsstand eigentümlichen Sorgfalt (§ 347 HGB) durchführt. Sofern der Bankier im konkreten Fall diese Sorgfalt verletzt hat und dem Kunden ein Schaden entstanden ist, erscheint es nicht gerechtfertigt, diesen Schaden durch einen vom Bankier zu leistenden

Geldbetrag in Höhe der Differenz zwischen Kaufpreis und gefallenem Kurs ersetzen zu lassen. Denn während eines gewissen Zeitraumes könnte der geschädigte Kunde den Umfang des Geldersatzes selbst bestimmen. Dieser Zeitraum beginnt mit der frühestmöglichen Erkennbarkeit des Schadens und endet, sobald sich der Kunde ein Mitverschulden anrechnen lassen muß, weil er untätig zugesehen hat, wie die Kurse fallen, statt durch sofortigen Verkauf der Papiere den Schaden gering zu halten (vgl. § 254 II 1 BGB). Innerhalb dieses Zeitraumes könnte der Kunde unter dem Vorwand, er habe abwarten wollen, ob sich die Kurse nicht doch noch wieder "erholen", die Geltendmachung seines Schadens um mindestens einen Tag hinauszögern. Während dieses einen Tages kann sich der Schaden aufgrund seiner stetigen "Entwicklung" - täglich weiterer Rückgang der Aktienkurse - schon erheblich vergrößert haben. Der Schadensumfang und damit auch der Umfang des vom Bankier zu leistenden Schadensersatzes könnten also vom geschädigten Kunden in gewissem Rahmen willkürlich bestimmt werden. Es kommt hinzu, daß den Bankier die Schadensersatzpflicht träfe, obwohl ein späterer Anstieg der Aktienkurse über den Einkaufskurs hinaus ohne weiteres möglich ist. Bei einem Kursanstieg in diesem Ausmaß würde der "Geschädigte" nämlich ungerechtfertigt einen doppelten Vorteil für sich verbuchen können: die Wertsteigerung der Aktien aufgrund des Kursanstiegs und die "Schadensersatzleistung" des Bankiers, die aufgrund des Kursanstiegs ihre Berechtigung verloren hätte[267].

---

267) Vgl. Marcus in Recht 1907, 564, 565.

Zur Vermeidung der erwähnten Nachteile bietet sich statt der Schadensersatzleistung der Rücktritt an (§§ 286 II, 325 I 1, 326 I 2 BGB analog): Gegen Rückgabe der Aktien erhält der Geschädigte vom Bankier den Kaufpreis zurückerstattet. Zwar besteht auch hier theoretisch die Möglichkeit, daß sich der Kunde erst sehr spät zum Rücktritt entschließt, wenn die Kurse bereits weit zurückgegangen sind. Im Hinblick darauf jedoch, daß der Kunde durch dieses Verhalten keinerlei Vorteile für sich erzielt und daß er insbesondere den vollen Kaufpreis zurückerhält, wird der Aktienkunde in der Praxis seinen Schaden wohl eher zu früh als zu spät geltend machen.

Sofern sich die Erteilung einer falschen Auskunft (bzw. eines falschen Rates) als deliktische Verletzungshandlung darstellt, kann der Geschädigte gemäß §§ 823 ff BGB die Herstellung des Rechts- und Vermögenszustandes verlangen, wie er vor der Auskunftserteilung bestand[268] (Ersatz des Erhaltungsinteresses).

Über den erwähnten Schadensumfang hinaus kann der Geschädigte weder im vertraglichen noch im deliktischen Haftungsbereich verlangen, so gestellt zu werden, als wenn ihm eine richtige Auskunft erteilt worden wäre. Andererseits braucht er sich aber auch nicht damit zu begnügen, so gestellt zu werden, als wenn die falsche

---

268) Pikart in WM 1966, 698, 704;
Suhr S. 28;
vgl. im übrigen auch BGH WM 1964, 381, 382.

Auskunft die richtige gewesen wäre[269]. Bei entsprechendem (d.h.: für den Geschädigten günstigem) Inhalt der Kreditauskunft könnte der Geschädigte dies jedoch auch nicht verlangen; eine diesbezügliche Garantie ergibt sich für den Bankier weder aus dem Gesetz noch übernimmt er sie im Auskunftsvertrag.

Hinsichtlich der Entschädigungspflicht der Banken bei Ehrverletzungen durch eine Auskunftserteilung steht der Anerkennung der Ehre als schutzwürdiges Rechtsgut[270] und der daraus folgenden Gleichstellung der Ehre mit den anderen in § 823 I BGB aufgeführten immateriellen Rechtsgütern § 253 BGB entgegen. Nach dieser Vorschrift kann "eine Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden". Entsprechend dem Wortlaut des in diesem Zusammenhang maßgeblichen § 847 I 1 BGB kann bei Ehrverletzungen keine Entschädigung verlangt werden. Dennoch stellt der Bundesgerichtshof die Ehre den anderen in § 847 I 1 BGB genannten Rechtsgütern (Körper, Gesundheit, Freiheit) gleich und gewährt in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift bei Ehrverletzungen immer dann eine Entschädigung, wenn den Schädiger eine schwere Schuld trifft oder die Verletzung erheblich ist[271].

---

269) RG DNotZ 1930, 626;
Soergel-Siebert-Mühl, Rdnr. 35 zu § 676 BGB;
Staudinger-Nipperdey, Rdnr. 42 zu § 676 BGB;
J. Wolff in AG 1968, 286, 290

270) Vgl. die Ausführungen auf S. 84.

271) Diese Forderung wird erhoben seit BGHZ 35, 363 ff ("Ginseng-Wurzel").

Diese mit dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. Februar 1958 ("Herrenreiter")[272] begonnene Rechtsprechung ist ständig fortgesetzt und weiterentwickelt worden[273]; sie "übersieht" gewissermaßen den § 253 BGB und wird in nächster Zeit zur "gewohnheitsrechtlichen Beseitigung"[274] dieser Vorschrift führen. Im übrigen ist eine die bisherige Rechtsprechung berücksichtigende Änderung des § 847 BGB vorgesehen[275]. Nach der zur Zeit noch geltenden Fassung des § 847 BGB kann der Verletzte "eine billige Entschädigung in Geld verlangen". Billigkeit bedeutet, daß bei der Bemessung des als Entschädigung zu leistenden Geldbetrages alle Faktoren zu berücksichtigen sind, die den Schadensfall im weitesten Sinne geprägt haben: die Schwere des Schadens, der Grad des Verschuldens und auch die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten[276].

2) Mitverschulden des Geschädigten

Wenn bisher nur von der Schadensersatzpflicht bzw. Ent-

---

272) BGHZ 26, 349 ff
273) BGHZ 30, 7, 17 f ("Caterina Valente");
BGHZ 35, 363, 369 ("Ginseng-Wurzel");
BGHZ 39, 124, 130 ("Fernsehansagerin");
BGH NJW 1965, 685, 686 ("Exklusiv-Interview");
BGH NJW 1971, 698, 699
274) Fikentscher § 103 II 2 f
275) Vgl. den "Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften", Teil I, S. 7 (§ 847 I 2): "Wer ... in seiner Persönlichkeit verletzt wird, kann eine Entschädigung nur verlangen, wenn die Verletzung nach den Umständen als schwer anzusehen ist."
276) BGHZ 18, 149, 157 f;
Soergel-Siebert-Zeuner, Rdnr. 21 zu § 847 BGB

schädigungspflicht der Schädiger - der Banken - die Rede war, so bedeutet das nicht, daß diese die durch falsche Rat- und Auskunftserteilung entstehenden Schäden immer allein zu tragen hätten. Vielmehr kann sich der Umfang der Ersatzpflicht für das einzelne Kreditinstitut wesentlich vermindern, wenn den Geschädigten an der Entstehung des Schadens ein Mitverschulden trifft. Ob dies der Fall ist und - wenn ja - "inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist" (§ 254 I BGB), kann im Einzelfall aufgrund der zahlreichen zu beachtenden Momente schwer zu entscheiden sein, wie auch das folgende Zitat aus der Entscheidung des Reichsgerichts vom 7. April 1908[277] zeigt:

> "... kommen namentlich als beachtenswerte Momente in Betracht einesteils die Lebenserfahrung und die Geschäftskenntnisse des Käufers und ferner der Umstand, ob die Anschaffung des Wertpapiers überwiegend zu Anlage- oder Spekulationszwecken dient, andernteils die Art und Weise der Raterteilung, insbesondere ob der Bankier um Rat ersucht ist oder aus eigenem Antriebe und seines Vorteils wegen den Verkauf veranlaßt, hierzu animiert hat. Je nach Verschiedenheit der Umstände kann somit die Entscheidung bezüglich mehrerer Verkäufe desselben Wertpapiers durch denselben Bankier an verschiedene Personen verschieden ausfallen."

Als Anknüpfungspunkt und generelle "Orientierungshilfe" für die Entscheidung, ob das Verhalten eines Kunden als Mitverschulden zu qualifizieren ist, können die im obi-

277) veröffentlicht in WarnRspr 1908, Nr. 463

gen Zitat erwähnten Begriffe "Lebenserfahrung" und "Geschäftskenntnisse" dienen, d.h.: Es ist zu unterscheiden, ob der anfragende Kunde Fachmann oder Laie hinsichtlich des jeweiligen Bankgeschäfts ist. Diese Unterscheidung der Kunden in zwei Gruppen ist sicherlich in strenger Form nicht durchführbar; es besteht vielmehr zwischen beiden Extremen ein fließender Übergang. Die meisten Kunden werden dieser Übergangszone zuzuordnen sein. Je größer die Erfahrungen des Anfragenden mit banktypischen Geschäften sind, je mehr der Anfragende also Fachmann ist, desto eher kann im gegebenen Fall bei eintretendem Schaden ein Mitverschulden angenommen werden. Wenn der Kunde dagegen eher in die Gruppe der Laien einzustufen ist, wird man ein Mitverschulden nur bei grobem Fehlverhalten annehmen können. Ein aufgrund eigener Kenntnisse kritisches Verhalten gegenüber den Äußerungen des Bankiers kann dann nicht oder doch nur in sehr begrenztem Umfang verlangt werden. Dieses kritische Verhalten, das bei entsprechender Qualifikation des Anfragenden vom Reichsgericht[278] wiederholt gefordert wurde, kann sich u.a. darin zeigen, daß der Kunde die Äußerung des Bankiers bei Zweifeln über ihre Richtigkeit und Vollständigkeit überprüft und gegebenenfalls weitere Ratschläge bzw. Auskünfte von anderer Seite einholt. Die angeführte Rechtsprechung des Reichsgerichts ist vom Bundesgerichtshof weder aufgegeben noch geändert worden. Zwar wird in einer Entscheidung betont:

---

278) RG WarnRspr 1908, Nr. 463;
RG HoldhMschr 1915, 217, 218;
vgl. auch BGH WM 1973, 164, 166 a.E.

> "Wer seine Vertragspflicht zur Erteilung richtiger Auskunft verletzt hat, kann gegenüber dem Ersatzanspruch des Geschädigten nach Treu und Glauben nicht geltend machen, diesen treffe ein Mitverschulden um des willen, weil er der Auskunft vertraut und dadurch einen Mangel an Sorgfalt gezeigt habe."(279)

Dieser allgemeine Grundsatz kann jedoch nichts daran ändern, daß den Geschädigten der Vorwurf des Mitverschuldens trifft, wenn er es unterlassen hat, an anderer Stelle zusätzliche Erkundigungen einzuholen, obwohl ihn der Bankier auf diese Möglichkeit hingewiesen hat, oder wenn der Geschädigte auf Äußerungen des Bankiers "ohne weitere Rückfragen blindlings vertraut"[280] hat, obwohl er erkannt hat oder erkennen mußte, daß die Äußerungen falsch waren[281]. Wenn der Anfragende trotz dieser Erkenntnis den Rat oder die Auskunft des Bankiers befolgt, dann ist er insofern mitschuldig, als er den bevorstehenden Schaden nicht abgewendet oder den schon eingetretenen nicht wenigstens doch gemindert hat (§ 254 II 1 BGB). Soweit der Anfragende selbst nicht zur Schadensabwendung bzw. Schadensminderung imstande ist, kann er sie eventuell auch dadurch bewirken, daß er dem Bankier eine entsprechende Mitteilung macht, damit dieser den Schaden abwenden oder mindern kann.

---

279) BGH WM 1965, 287, 288;
ähnlich auch: BGH MDR 1971, 208, Leitsatz 2
280) BGH WM 1973, 164, 166;
vgl. auch OLG Hamburg 1975, 703, 707.
281) BGH WM 1959, 1458, 1460;
BGH WM 1965, 150

Insbesondere den durch eine falsche Kreditauskunft entstandenen Schaden kann der Kunde mitverschuldet haben. Als besondere Fallgestaltungen kommen hier in Betracht, daß der Anfragende dem Angefragten einen höheren Kredit gewährt, als er in der Anfrage beziffert war, oder daß der Anfragende sich der Kreditauskunft erst lange Zeit nach ihrer Erteilung bedient, so daß sie zu dieser Zeit inhaltlich bereits überholt ist.

In den meisten Fällen wird jeder der beiden Beteiligten einen quotenmäßigen Anteil zu tragen haben. Es sind jedoch auch die beiden Extremfälle denkbar, daß der Anfragende oder der Bankier mit dem Schaden allein belastet ist. Dies ist der Fall, wenn der Verschuldensgrad des einen Beteiligten den des anderen wesentlich übersteigt. So wird z.B. bei vorsätzlicher Handlungsweise des Bankiers ein fahrlässiges Verschulden des Kunden bei der Verteilung des Schadens in der Regel ohne Ansatz bleiben. Es besteht zwar kein Rechtssatz, daß gegenüber vorsätzlichem Handeln fahrlässiges unbeachtet bleibt. Dennoch wird man in der Mehrzahl aller Fälle aufgrund einer gerechten Abwägung dazu gelangen, daß der vorsätzlich, insbesondere mit Arglist Handelnde den Schaden allein zu tragen hat[282]. Das Wohlwollen darf jedoch nicht übertrieben werden: Die Arglist des Schädigers bedeutet nicht schlechthin einen Freibrief für die Unvorsichtigkeit des Geschädigten[283].

---

282) Vgl. hierzu:
RGZ 76, 313, 323;
BGH WM 1956, 1056, Leitsatz 4;
BGH WM 1969, 660, 661;
BGH WM 1970, 633, 637;
OLG Hamburg WM 1975, 703, 707

283) Soergel-Siebert-Mühl, Rdnr. 63 zu § 826 BGB

> "Der Grundsatz, daß ein fahrlässiges Mitverschulden gegenüber einer vorsätzlichen Schädigung nicht zu berücksichtigen ist, gilt nicht, wenn diese Schädigung von einem Verrichtungsgehilfen oder Erfüllungsgehilfen begangen wird."(284)

Verständlich ist diese Aussage des Bundesgerichtshofes für den Fall der vorsätzlichen Handlung eines Verrichtungsgehilfen. § 831 I 1 BGB stellt zwar die Vermutung eines eigenen Verschuldens des Geschäftsherrn auf. Dieses betrifft jedoch nur die Auswahl des Verrichtungsgehilfen, nicht aber dessen schädigendes Verhalten: Durch § 831 I 1 BGB wird also die Tat des Verrichtungsgehilfen nicht zu der des Geschäftsherrn. Deshalb kann und wird auch der Verschuldensgrad des Geschäftsherrn (bei der Auswahl seines Gehilfen) in der Regel ein anderer sein als der des Verrichtungsgehilfen (bei der schadensstiftenden Handlung).

> "...; der Geschäftsherr wird im Falle der Haftung aus § 831 BGB. nicht als arglistig angesehen, wenn der Verrichtungsgehilfe arglistig handelt. Daraus ergibt sich, daß der Geschäftsherr, der nur aus § 831 haftet, dem Geschädigten dessen bei der Entstehung des Schadens mitwirkendes Verschulden entgegenhalten kann. Denn der Grundsatz, daß der vorsätzlich Handelnde in der Regel den Schaden nicht auf den nur fahrlässig bei der Entstehung des Schadens mitwirkenden Geschädigten abwälzen kann, kann nicht auf einen nach § 831 haftenden Geschäftsherrn angewendet werden, ..."(285)

---

284) Leitsatz zu BGH WM 1966, 64 f
285) RGZ 157, 228, 233;
ähnlich auch:
RGZ 71, 217, 218;
RGZ 139, 302, 304

Daß der Bundesgerichtshof diese Ausführungen des Reichsgerichts entsprechend auch dann gelten lassen will, wenn die vorsätzliche Handlung von einem Erfüllungsgehilfen begangen wird[286], ist nicht verständlich. Zwar wird auch durch § 278 BGB die Tat des Erfüllungsgehilfen nicht zu der des Geschäftsherrn. Er muß sich jedoch so behandeln lassen, als ob er die schadensstiftende Tat selbst begangen hätte. Dieser Regelung liegt der Gedanke zugrunde, daß derjenige die durch den Einsatz von Erfüllungsgehilfen entstehenden Nachteile zu tragen hat, der auch durch die Tätigkeit der Erfüllungsgehilfen wirtschaftliche Vorteile erzielt. Im Gegensatz zu § 831 BGB gelangt man bei der Zurechnung im Rahmen des § 278 BGB zu dem Ergebnis, daß der Geschäftsherr als arglistig handelnd angesehen wird, wenn der Erfüllungsgehilfe arglistig gehandelt hat.

Der Ansicht des Bundesgerichtshofs kann deshalb nur insoweit zugestimmt werden, als ein fahrlässiges Mitverschulden gegenüber einer vorsätzlichen Schädigung immer dann zu berücksichtigen ist, wenn die Schädigung von einem Verrichtungsgehilfen begangen wird. Handelt dagegen ein Erfüllungsgehilfe vorsätzlich, so wird bei einem fahrlässigen Mitverschulden des Geschädigten der Geschäftsherr aufgrund der Zurechnung den

---

286) Siehe Fußn. 284, insbesondere S. 65 der dort angeführten Entscheidung.

Schaden in der Regel allein zu tragen haben[287].

Auch auf der Seite des Geschädigten kann ein Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfe beteiligt sein. Fraglich ist, ob sich der Geschädigte ein eventuelles Mitverschulden seines Gehilfen entgegenhalten lassen muß. Nach dem Wortlaut und Aufbau des § 254 BGB kann § 278 BGB in den von § 254 II 1 BGB erfaßten Fällen des Mitverschuldens durch Unterlassen Anwendung finden. Inzwischen ist es jedoch einhellige Auffassung, daß § 278 BGB auch im Fall des § 254 I BGB angewandt werden kann. Denn für eine Differenzierung zwischen einem Mitverschulden des Gehilfen bei der Abwendung oder Minderung eines Schadens (§ 254 II 1 BGB) und einem Mitverschulden bei der Entstehung eines Schadens (§ 254 I BGB) ist ein sachlicher Grund nicht ersichtlich.

Strittig ist jedoch nach wie vor, mit welchem Inhalt § 278 BGB gilt. In der Literatur[288] wird die Ansicht

---

287) Diese Ansicht scheinen auch die nach dem 18. Okt. 1965 (Datum der BGH-Entscheidung in WM 1966, 64 f) erschienenen Kommentare zu vertreten (Palandt-Heinrichs, Anm. 4 a bb zu § 254 BGB; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt, Rdnr. 19 zu § 254 BGB); sie erwähnen zwar, daß der Geschädigte sich sein fahrlässiges Mitverschulden gemäß § 254 BGB entgegenhalten lassen muß, wenn ihn nicht der Geschäftsherr selbst, sondern dessen Verrichtungsgehilfe vorsätzlich geschädigt hat; sie verschweigen jedoch, daß der BGH es in der oben zitierten Entscheidung für gleichgültig erachtet, ob ein Verrichtungsgehilfe oder ein Erfüllungsgehilfe gehandelt hat.

288) Staudinger-Werner, Rdnr. 61 zu § 254 BGB;
Enneccerus-Lehmann § 16 II 2;
Larenz (SchuldR I) § 31 I d

vertreten, bei entsprechender Anwendung des § 278 BGB komme es auf ein Schuldverhältnis nicht an. Vielmehr müsse der Geschädigte das Verschulden seines Gehilfen allgemein gegen sich gelten lassen, also auch dann, wenn er durch eine unerlaubte Handlung geschädigt werde. Nach dieser Ansicht stellt § 254 II 2 BGB eine Rechts f o l g e verweisung auf § 278 BGB dar. Die Rechtsprechung[289] sieht dagegen in § 254 II 2 BGB eine Rechts g r u n d verweisung auf § 278 BGB. Voraussetzung für eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB sei eine bestehende Verbindlichkeit zwischen Schädiger und Geschädigtem. Auch der Schädiger habe nur dann ein Verschulden seines Gehilfen zu vertreten, wenn er sich seiner zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bediene. Insoweit seien Schädiger und Geschädigter gleich zu behandeln. Aus dem Rechtsgedanken des § 254 BGB, daß beide den Schaden gemeinsam tragen müssen, wenn sie ihn gemeinsam verursacht haben, hat die Rechtsprechung für den Bereich des Deliktsrechts den weiteren Grundsatz entwickelt, daß sich der Geschädigte in entsprechender Anwendung des § 831 BGB das rechtswidrige Verhalten seines Verrichtungsgehilfen bei der Schadensverteilung anrechnen lassen muß. Insbesondere im Hinblick auf eine zukünftige gesetzliche Regelung[290] ist der Auffassung der Rechtsprechung zuzustimmen.

---

289) RGZ 119, 152, 155;
RGZ 140, 1, 7;
RGZ 164, 264, 269;
BGHZ 1, 248, 249;
BGHZ 3, 46, 49;
BGHZ 9, 316, 317

290) Vgl. den "Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften", Teil I,S. 1 (§ 254 III 1): "Die Vorschriften der §§ 31, 278, 831, 839 BGB gelten entsprechend."

IX) Die Haftungsbeschränkung gemäß Nr. 10 AGB

1) Allgemeines

Wie zahlreiche andere Wirtschaftszweige und Branchen so bedienen sich auch die Kreditinstitute bei der Abwicklung des Geschäftsverkehrs mit ihrer Kundschaft Allgemeiner Geschäftsbedingungen, deren generelle Zulässigkeit heute allgemein anerkannt ist. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken enthalten u.a. mehrere Haftungsfreizeichnungsklauseln (z.B. Nr. 4, 10, 16, 24), von denen Nr. 10 die Rat- und Auskunftserteilung betrifft. Die grundsätzliche Rechtswirksamkeit der Haftungsfreizeichnungsklauseln im allgemeinen und der Haftungsfreizeichnung für Rat- und Auskunftserteilung im besonderen ist seit jeher anerkannt[291].

Nr. 10 AGB der Banken lautet:

> "Die Bank steht dem Kunden nach bestem Wissen zu allen bankmäßigen Auskünften und Raterteilungen zur Verfügung. Erstrecken sich

---

291) Für die Rechtswirksamkeit der Haftungsfreizeichnungsklauseln allgemein:
RGZ 99, 107, 110;
RG SeuffArch Bd. 85, Nr. 171;
BGHZ 38, 183, 184 f;
Schmidt-Salzer in NJW 1968, 289.
Für die Rechtswirksamkeit der Haftungsfreizeichnung für Rat- und Auskunftserteilung:
RG JW 1936, 2066, 2067;
BGHZ 13, 198, 201 (für den Fall, daß die Bank bei der Erteilung einer Auskunft zugleich eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt);
BGHZ 49, 167, 172 m.w.N.;
BGH WM 1974, 272, 273;
Sprengel in Spark 1955, 131, 135;
Pikart in WM 1966, 698, 704;
Liesecke in WM 1970, 502, 511

> mündlich erteilte Auskünfte auf Kreditwürdigkeit oder Zahlungsfähigkeit, so gelten sie nur vorbehaltlich schriftlicher Bestätigung. Auskünfte und Ratschläge erteilt die Bank unter Ausschluß der Haftung, soweit dies im Rahmen der Rechtsordnung zulässig ist. In demselben Umfang ist die Haftung der Bank für eine etwaige Unterlassung von Auskünften und Raterteilungen ausgeschlossen."(292)

Wie aus dem letzten Satz der Klausel ersichtlich, haben die Banken ihre Haftung nicht nur für positiv erteilte Ratschläge und Auskünfte ausgeschlossen, sondern auch für eine etwaige Unterlassung von Auskünften und Raterteilungen. Für die Ansicht, dieser Teil der Nr. 10 AGB beinhalte lediglich einen Hinweis, daß die Bank grundsätzlich keine Pflicht zur Beratung oder Auskunftserteilung übernimmt und im übrigen die Haftung der Bank für schuldhaftes Unterlassen der Rat- und Auskunftserteilung unberührt bleibt[293], ergeben sich keine Anhaltspunkte. Schon vom rein Äußerlichen, Formalen spricht gegen diese Ansicht, daß der Haftungsausschluß für das Unterlassen der eindeutigen Freizeichnungsregelung für positives Tun folgt. Eine weitere - auch inhaltliche - Verbindung der beiden in Nr. 10, S. 3 und S. 4 AGB enthaltenen Enthaftungsklauseln kommt durch die Wendung "In demselben Umfang" zustande.

Die Freizeichnung für unterlassene Rat- und Auskunftserteilung ist erstmalig in die geänderte Fassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 1. Januar 1969 aufgenommen worden. Der Grund für diese Ergänzung ist

---

292) Mit dieser Klausel stimmt Nr. 7 der AGB der Sparkassen inhaltlich im wesentlichen überein.

293) so Liesecke ohne nähere Begründung in WM 1970, 502, 512

in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16. April 1964 zu sehen:

> "Der Wortlaut der Nr. 10 erfaßt nur die Erteilung von Ratschlägen und Auskünften, nicht jedoch die pflichtwidrige Unterlassung solcher Raterteilung. Bei der gebotenen engen Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die ein Vertragsteil aufstellt und zur Grundlage seiner Abschlüsse macht, ist es nicht angängig, ihren Wortlaut über jenen Wortlaut auszuweiten."(294)

Erwähnenswert wegen seiner großen praktischen Bedeutung ist der Vorbehalt, daß mündlich erteilte Auskünfte über Kreditwürdigkeit oder Zahlungsfähigkeit nur vorbehaltlich schriftlicher Bestätigung gelten (Nr. 10, S. 2 AGB). Diese Klausel ist zwar rechtswirksam; sie hat jedoch in der Rechtsprechung keine uneingeschränkte Zustimmung gefunden[295].

> "Der Vorbehalt in den AGB, daß Auskünfte über Kreditwürdigkeit und Zahlungsfähigkeit nur vorbehaltlich einer schriftlichen Bestätigung gelten, ist nicht geeignet, einer mündlich erteilten Auskunft den Charakter einer Bankaus-

---

294) BGH NJW 1964, 2058, 2059;
siehe Medicus (JuS 1965, 209, 210): "Viele Geschäftsbedingungen verdanken ihre Perfektion gerade einer .. stückweisen Ergänzung aus Anlaß ungünstiger Gerichtsurteile." Ebenso Koch (AGB, S. 5), der die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als das "Resultat der meist aus Prozessen gewonnenen schlechten Erfahrungen der Banken" bezeichnet.

295) Vgl. hierzu:
BGH WM 1956, 1056 f;
BGH WM 1956, 1584;
BGH WM 1968, 216, 217;
BGH WM 1970, 632, 633;
BGH WM 1972, 583, 585

kunft zu nehmen, wenn dieser ihr nach den Umständen des Einzelfalles zukommt."(296)

Es wäre zu einfach, die Tatsache der teilweisen Nichtanerkennung des Vorbehaltes mit der vielzitierten Ansicht zu begründen, die Gerichte seien bankenfeindlich eingestellt. Der Grund liegt vielmehr darin, daß Nr. 10, S. 2 AGB unter Berücksichtigung der Gewohnheiten des täglichen Lebens oft zu wenig den Interessen des anfragenden Kunden Rechnung trägt. So muß die Bank z.B. damit rechnen, daß der Anfragende nach Erhalt einer positiven mündlichen Auskunft zumindest Vorbereitungen für einen Geschäftsabschluß mit dem Angefragten trifft. Ein solches Verhalten des Anfragenden, das schon finanzielle Risiken mit sich bringen kann, ist durchaus verständlich. Denn er braucht nicht zu befürchten, eine falsche Auskunft zu erhalten, nur weil sie mündlich erteilt wird. Auch braucht der Anfragende nicht damit zu rechnen, später eine schriftliche "Bestätigung" zu bekommen, die diese Bezeichnung nicht verdient, weil sie den Inhalt der mündlichen Auskunft ins Gegenteil verkehrt. Selbst eine nur mündlich erteilte Auskunft muß qualitativ so beschaffen sein, daß sie wenigstens ein annähernd richtiges Bild von der Finanzlage des Angefragten gibt. Ist eine Bank nicht in der Lage, mündlich eine Auskunft zu erteilen, die diese Mindestanforderung erfüllt, so muß sie die Auskunftserteilung ablehnen. Für ein solches Verhalten der Bank muß und wird jeder einsichtige Kunde Verständnis haben, denn es ist nicht möglich, daß eine Bank zu jedem Zeitpunkt über die finanzielle Situation

---

296) BGH WM 1956, 1056 f

eines jeden Kunden sofort ohne nähere Erkundigung eine zutreffende Auskunft erteilt. Die Erteilung mündlicher Kreditauskünfte "ohne jede Prüfung sozusagen ins Blaue hinein"[297] - so etwa: "Da ist nichts los, da ist alles in Ordnung"[298] - kann nicht gebilligt werden. Derartige Auskünfte erwecken den Eindruck, daß ihr Inhalt allein darauf abzielt, den durch seine Fragen lästigen und unbequemen Kunden zunächst einmal abzuweisen, nicht aber, ihn sachgerecht zu informieren. Daß angesichts der Möglichkeit, die mündlichen Auskünfte nicht schriftlich zu bestätigen, die Gefahr der Erteilung unqualifizierter Auskünfte sehr groß ist, soll nicht bestritten werden.

Da es heute allgemein bekannt ist, daß die Kreditinstitute im Regelfall nur gemäß ihren Geschäftsbedingungen tätig werden, wird Nr. 10 AGB, ohne daß es einer ausdrücklichen Erwähnung bedürfte, Bestandteil der zwischen den Banken und ihren Kunden abgeschlossenen Verträge. Zusätzlich werden die erteilten Einzelauskünfte noch durch Klauseln wie z.B. "ohne unser Obligo" (abgekürzt "o.u.O.") ergänzt. Diese muß der Empfänger so gegen sich gelten lassen, wie sie nach der Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) verstanden werden, nämlich als inhaltliche Wiederholung der in Nr. 10 AGB getroffenen Regelungen. Häufig wird den Auskünften auch noch einmal eine ausführliche Freizeichnungsklausel beigefügt, so etwa:

> "Unsere Auskünfte erteilen wir streng vertraulich und ohne jede Verbindlichkeit. Dieselben

---

297) J. Wolff in AG 1968, 286, 290
298) BGH WM 1956, 1584, Leitsatz 1

beruhen auf den bei unserer Auskunftsabteilung eingelaufenen Informationen, für deren Richtigkeit wir keinerlei Gewähr übernehmen, wie wir auch im voraus jede Haftung für die aus der Verwertung der Auskünfte entstehenden Folgen ablehnen. Über uns nachträglich bekannt werdende Veränderungen in den Verhältnissen von Firmen oder Personen berichten wir nicht ohne neue Anfrage, auch wenn dies ausnahmsweise unaufgefordert geschehen sein sollte. Falls wir von Dritten erhaltene Auskünfte an Sie weitergeben, bitten wir zu beachten, daß unsere Gewährsleute uns die Weitergabe der Auskunft nur unter der Bedingung gestattet haben, daß jedwede Haftung daraus für sie unbedingt ausgeschlossen ist. Sollten Sie mit vorstehend Gesagtem nicht einverstanden sein, so bitten wir, von unseren Mitteilungen keinen Gebrauch zu machen und uns dieses Schreiben, ohne von demselben Notiz genommen zu haben, gefl. zurückzusenden."(299)

Der Grund für die Haftungsfreizeichnung der Banken in dem in Nr. 10 AGB beschriebenen und unten[300] noch näher aufzuschlüsselnden Umfang ist ausschließlich wirtschaftlicher Art. Die Banken möchten sich nämlich vor Ansprüchen schützen, die in ihrer Höhe oft in keinem Verhältnis zu den Entgelten stehen, die die Banken für die Durchführung der betreffenden Geschäfte erhalten. Dies gilt gerade für die Erteilung von Kreditauskünften, die sogar unentgeltlich erfolgt und für die den Auskunftsempfängern in der Regel auch keine Spesen in Rechnung gestellt werden. Es kommt hinzu, daß bei den Kreditauskünften die Stellung der Banken zwischen den Anfragenden und den Angefragten besonders mißlich ist: Stellt die Bank die finanzielle Situation des Angefragten

---

299) aus dem Formular einer Großbank
300) S. 155 ff

zu günstig dar und bewirkt sie dadurch Vermögensdispositionen des Anfragenden, die sich später als verlustbringend erweisen, so setzt sich die Bank dem Verdacht aus, sich auf Kosten des Anfragenden einen Vorteil verschaffen zu wollen. Im umgekehrten Fall sieht sich die Bank Schadensersatzansprüchen des Angefragten gegenüber, wenn dieser wichtige Geschäfte nicht abschließen kann, weil sich seine Geschäftspartner aufgrund einer zu ungünstigen Auskunft bei Vertragsabschlüssen vorsichtig zurückhalten.

Im folgenden soll nun der wichtigste Teil der Nr. 10 AGB - Satz 3 -, der den eigentlichen Haftungsausschluß enthält, näher untersucht werden. Der dort erwähnte Rahmen der Freizeichnung ("soweit dies im Rahmen der Rechtsordnung zulässig ist") wird durch die §§ 276, 278 BGB abgesteckt.

2) Die Haftungsbeschränkung bezüglich des Verhaltens von Inhaberorganen

a) Vorsätzliches Verhalten

Gemäß § 276 II BGB kann die Haftung für eigenes vorsätzliches Verhalten (= Tun und Unterlassen) des Schuldners nicht ausgeschlossen werden. Dabei reicht es für das vorsätzliche Verhalten schon aus, daß der Auskunftgeber den Eintritt eines Schadens beim Auskunftsempfänger für möglich hält und daß er diesen möglichen Erfolg billi-

gend in Kauf nimmt (sog. bedingter Vorsatz)[301]. Schuldner im Sinne des § 276 II BGB ist der Bankinhaber. Sofern die Bank juristische Person ist, wird das Handeln jedes verfassungsmäßig berufenen Vertreters wie eigenes Handeln der Bank angesehen (§ 31 BGB), so daß Schuldner jedes Organ der Bank ist; den Organen sind die leitenden Angestellten gleichzustellen[302]. Eine Vereinbarung - eventuell zusätzlich zu Nr. 10 AGB -, die Haftung für eigenen Vorsatz auszuschließen, verstieße gegen die guten Sitten und wäre gemäß § 138 BGB nichtig.

b) Fahrlässiges Verhalten

Ausgehend von Nr. 10 AGB in Verbindung mit § 276 II BGB und dem undifferenzierten Gebrauch des Begriffes "fahrlässig" in § 276 I 2 BGB könnte man meinen, die Haftung für fahrlässiges Handeln der Inhaberorgane und der ihnen gleichzustellenden leitenden Angestellten sei generell - d.h.: ohne jede Abstufung der Fahrlässigkeit - ausgeschlossen. Bei dieser Betrachtungsweise bliebe jedoch unberücksichtigt, daß Nr. 10 Teil Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist und Allgemeine Geschäftsbedingungen einseitig von einem Vertragspartner aufgestellt werden und deshalb in ihrer Anwendung, soweit diese inhaltliche Änderungen betrifft, sehr unflexibel sind. Abgesehen von den wenigen Fällen, in denen es bei einem Vertrags-

---

301) Ebeling in WM 1955, 1366, 1367
302) BGH MDR 1955, 213, 216;
OLG Köln WM 1973, 1125, 1127;
zur Begründung siehe näher S. 127 ff.

schluß dem anderen Vertragspartner gelingt, Allgemeine Geschäftsbedingungen zu seinen Gunsten zu modifizieren, bleibt ihm nur die Wahl, einen Vertrag entweder unter Einschluß der jeweiligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder gar nicht abzuschließen. Kommt ein Vertragsschluß zustande und erklärt sich hierdurch der eine Vertragspartner mit den ihm vom anderen Partner vorgelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen einverstanden, so kann sich dieses Einverständnis nur auf solche Bedingungen erstrecken, mit deren Aufstellung der Partner billiger- und gerechterweise rechnen konnte[303], d.h.: Jede Einzelvorschrift Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist an den §§ 242, 315 III BGB zu messen[304]. Diese Normen üben die Funktion eines Korrektivs aus, das zwischen den jeweiligen Vertragspartnern dort einen gerechten Interessenausgleich vermitteln soll, wo einzelne AGB-Normen diesem in einer gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB)

---

303) BGHZ 38, 183, 184;
vgl. auch:
BGHZ 17, 1, 3;
BGHZ 33, 216, 219

304) Vgl. hierzu:
BGHZ 38, 183, 186;
BGH MDR 1973, 999, 1000;
Flume § 37, 2;
Larenz (SchuldR I) § 6 III;
Lukes in NJW 1973, 1897, 1900;
für die Ansicht, als Maßstab für die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nur § 242 BGB heranzuziehen, inzwischen die ständige Rechtsprechung, zuletzt:
BGHZ 52, 61, 64;
BGHZ 54, 106, 109;
BGHZ 60, 243, 245;
BGHZ 60, 377, 380;
BGH NJW 1970, 992

und einfachste Billigkeitsgesichtspunkte (Schutzgedanke aus § 315 III BGB) verstoßenden Weise entgegenstehen.

Wendet man diese Grundsätze hinsichtlich der Haftungsbeschränkung für fahrlässiges Verhalten der Inhaberorgane auf Nr. 10 AGB an, so gelangt man zu dem Ergebnis, daß Nr. 10 AGB nicht die Haftung für Fahrlässigkeit jeden Grades beschränken kann, vielmehr zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit zu unterscheiden ist. Während sich nämlich der Bankkunde bei einem Vertragsabschluß auf die Haftungsbeschränkung für leichtfahrlässiges Verhalten der Inhaberorgane einlassen muß, weil sie interessengerecht ist und der Billigkeit entspricht, ist dies bei der Haftungsbeschränkung für grobe Fahrlässigkeit nicht der Fall. Hier entspricht es allein der Billigkeit, die Inhaberorgane der Bank sowie die ihnen gleichzustellenden leitenden Angestellten für die von ihnen verursachten Schäden selbst einstehen zu lassen[305]. Der Grund hierfür ist allgemeiner Natur, liegt nicht speziell im Bankrecht:

Bei Abschluß eines Individualvertrages - d.h.: eines Vertrages ohne Einschluß Allgemeiner Geschäftsbedingungen - übernimmt der eine Vertragspartner gewöhnlich nicht die Haftung für die Schäden, die der andere Partner durch grobes Verschulden (Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit) verursacht. Diese Praxis des Individualvertragsrechts berücksichtigend, darf eine

---

305) Vgl. in diesem Zusammenhang:
BGHZ 20, 164, 167;
BGHZ 38, 183, 184 ff;
BGH WM 1973, 164, 165

Haftungsfreizeichnungsklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen - wie auch Nr. 10 AGB der Banken - nicht anders verstanden werden, als daß der die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufstellende Vertragspartner seine Haftung nicht für Schäden ausschließen kann, die durch sein eigenes grob fahrlässiges Verhalten entstehen. Sinn Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist es, ähnliche, immer wiederkehrende Absprachen des Individualvertragsrechts zu standardisieren und zu typisieren; Sinn Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist es nicht, dem Vertragspartner Regelungen - wie z.B. den Haftungsausschluß für grobe Fahrlässigkeit - aufzuzwingen, die er bei Abschluß eines Individualvertrages und somit mehr eigener Einflußmöglichkeit nie akzeptiert hätte.

Wann nun ein grob fahrlässiges Verhalten zu bejahen ist, kann nicht abstrakt-generell entschieden werden, sondern muß der Entscheidung im Einzelfall überlassen bleiben. Letzteres gilt insbesondere im Hinblick auf die zahlreichen Grenzfälle zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit. In diesem Zusammenhang sei bemerkt, daß sich die Rechtsprechung in verschiedenen Entscheidungen um eine Klärung des Begriffes "grobe Fahrlässigkeit" durch Umschreibungen und Definitionen bemüht hat: Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in besonders schwerer Weise[306], "ausnehmende Sorglosigkeit"[307], Nichtbeachtung dessen, was im gegebenen Fall

306) RG WarnRspr 1930, Nr. 6;
RG JW 1921, 396
307) RG JW 1924, 1977, 1978

jedem hätte einleuchten müssen[308], Nichtanstellen einfachster, ganz naheliegender Überlegungen[309].

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß sich die Inhaberorgane und die ihnen gleichzustellenden leitenden Angestellten einer Bank auf die Haftungsbeschränkung der Nr. 10 AGB bei eigenem grob fahrlässigem Verhalten nicht berufen können.

3) Die Haftungsbeschränkung bezüglich des Verhaltens von Erfüllungsgehilfen

a) Vorsätzliches Verhalten

Die Haftung für vorsätzliches Handeln der Erfüllungsgehilfen ist durch Nr. 10 AGB grundsätzlich ausgeschlossen. Eine durch § 242 BGB gestützte Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur dann, wenn der Erfüllungsgehilfe vorsätzlich eine falsche Auskunft erteilt, um die wirtschaftlichen Interessen der Bank zu fördern, so z.B., wenn er einem Kunden nahelegt, einem anderen Kunden Kredit zu gewähren oder Forderungen zu stunden, um diese Vorteile der Bank zunutze zu machen[310].

---

308) RGZ 141, 129, 131;
RGZ 166, 98, 101 f;
BGH VersR 1965, 91, 92

309) RGZ 163, 104, 106

310) Vgl. hierzu BGH in ständiger Rechtsprechung, so u.a.:
BGHZ 13, 198, 201;
BGH WM 1972, 583, 585;
BGH WM 1973, 164, 165;
BGH WM 1973, 635, 636

b) Fahrlässiges Verhalten

Die Haftung für fahrlässiges Verhalten der Erfüllungsgehilfen ist - unabhängig vom Grad der Fahrlässigkeit - gemäß Nr. 10 AGB (in Verbindung mit den §§ 276, 278 BGB) ausgeschlossen[311]. Besonderheiten oder gemäß § 242 BGB zu rechtfertigende Einschränkungen dieser Regelung bestehen hier nicht.

D) Zusammenfassung

Die Untersuchung hat im wesentlichen folgende Ergebnisse erbracht:

Für den Bereich der vertraglichen Haftung der Bank gegenüber dem Anfragenden ist aufgrund der oben[312] vorgenommenen Untersuchung die Ansicht der Rechtsprechung und eines großen Teils der Literatur, nach der die Verletzung einer Geschäftsverbindung die Haftung nach Vertragsgrundsätzen auslöst, abzulehnen. Dasselbe gilt für die vorvertragliche Haftung gemäß den Grundsätzen der culpa in contrahendo. Ein vertraglicher Anspruch steht dem Kunden gegen den Bankier nur dann zu, wenn sich die

---

311) Die Bestrebungen gehen jedoch dahin, die Haftung für fahrlässiges Verhalten der Erfüllungsgehilfen aufzugliedern in die Haftung für leicht fahrlässiges Verhalten, die weiterhin über Nr. 10 AGB ausgeschlossen sein soll, und die Haftung für grob fahrlässiges Verhalten, für die ein Haftungsausschluß nicht mehr möglich sein soll. Vgl. hierzu kritisch Möhring in NJW 1974, 1689, 1691 unter Hinweis auf Kötz S. A 69 ff und § 8 Nr. 11 des Referentenentwurfs eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen (DB Beilage Nr. 18/1974 zu Heft Nr. 39 vom 27. Sept. 1974).

312) S. 50 ff

schuldhaft falsche Rat- bzw. Auskunftserteilung als Nebenpflicht eines Vertrages darstellt oder wenn sie Hauptpflicht eines Vertrages ist, also ein Rat- bzw. Auskunftserteilungsvertrag zwischen dem Bankier und seinem Kunden zustandegekommen ist. Dies ist der Fall, wenn der Bankier hinsichtlich der Auskunftserteilung besonders sachkundig und ihm erkennbar war, daß der Kunde von der Auskunft wesentliche Vermögensdispositionen abhängig machen wollte.

Sofern die erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, kann der Anfragende deliktische Ansprüche gegen die Bank aus § 823 II BGB in Verbindung mit § 263 StGB bzw. § 95 BörsG und aus § 826 BGB herleiten.

Für die vertragliche Haftung der Bank gegenüber dem Angefragten gilt das zur vertraglichen Haftung gegenüber dem Anfragenden Gesagte entsprechend: Der Angefragte kann einen vertraglichen Anspruch nur wegen der Verletzung eines einzelnen Vertrages, nicht aber wegen der Verletzung einer zwischen der Bank und ihm eventuell bestehenden Geschäftsverbindung geltend machen.

Im deliktischen Bereich ist der Angefragte - je nach Art des geschützten Rechtsguts - durch verschiedene Vorschriften geschützt, die jedoch im Zusammenhang mit einer Auskunftserteilung von vorwiegend theoretischer Bedeutung sind (§ 823 I BGB: geschützte Rechtsgüter "Gesundheit" und "Ehre"; § 823 II BGB in Verbindung mit

§§ 185 ff StGB bzw. § 15 UWG; § 826 BGB). Praktisch bedeutsam sind dagegen § 823 I BGB (geschütztes Rechtsgut "Gewerbebetrieb") und § 824 I BGB.

Bei Beteiligung zweier Banken an einer Auskunftserteilung gilt für die Ansprüche des Anfragenden gegen seine eigene Bank das oben Ausgeführte entsprechend. Gegen die Bank des Angefragten kann der Anfragende keine Ansprüche geltend machen, es sei denn, daß § 826 BGB eingreift.

In bezug auf die Haftung der Banken für Dritte gilt folgende Regelung: Ist der Inhaber der Bank eine natürliche Person, so wird ihr im vertraglichen Bereich das Verhalten Dritter gemäß § 278 BGB, im deliktischen Bereich gemäß § 831 BGB zugerechnet[313]. Dies gilt auch, wenn die Bank juristische Person ist, soweit nicht Organe oder diesen gleichzustellende Personen handeln. Ihr Verhalten wird der Bank im vertraglichen wie im deliktischen Bereich gemäß § 31 BGB zugerechnet.

Art und Umfang des im gegebenen Fall zu leistenden Schadensersatzes bestimmen sich nach den §§ 249 ff BGB. Insbesondere beim Wertpapierkauf ist genau zu prüfen, ob und gegebenenfalls wann beim Kunden ein Schaden eingetreten ist, da häufig die Gefahr besteht, daß durch Anerkennung oder jedenfalls doch durch zu frühzeitige Anerkennung eines Schadens das Spekulationsrisiko vom Kunden auf die Bank verlagert

313) § 831 BGB ist immer gleichzeitig auch Anspruchsnorm.

wird. Ist wegen einer Ehrverletzung Entschädigung zu leisten, so ist § 847 I BGB die maßgebliche Vorschrift. Die Beantwortung der Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Geschädigte gemäß § 254 BGB einen Teil seines Schadens selbst zu tragen hat, hängt im wesentlichen davon ab, inwieweit es dem Geschädigten aufgrund eigener Kenntnisse im Bankfach möglich war, die Entstehung des Schadens zu verhindern oder den schon entstandenen Schaden zu mindern.

Aus der Haftungsfreizeichnungsregelung der Banken für Rat- und Auskunftserteilung (Nr. 10 AGB) ergibt sich, daß der Bankier - außer in den Fällen des Rechtsmißbrauchs - nur für eigene vorsätzlich und grob fahrlässig falsche Rat- und Auskunftserteilung haftet. Ist die Bank eine juristische Person, so haftet sie unter denselben Voraussetzungen nur für ihre Organe und die ihnen gleichzustellenden Personen.

E) Rechtspolitische Schlußbetrachtung

Insgesamt hat die vorliegende Untersuchung gezeigt, daß die rechtliche Stellung des anfragenden Kunden - insbesondere aufgrund der Nr. 10 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - unbefriedigend ist, wenn es gilt, Ansprüche wegen falscher Rat- und Auskunftserteilung gegen eine Bank durchzusetzen. Eine Verbesserung der Position des Anfragenden anzustreben und zu erreichen, ist deshalb rechtspolitisch wünschenswert.

Ein erster Schritt hierzu war bereits - wenn auch nicht speziell auf das Bankgewerbe ausgerichtet - die Gleichstellung der leitenden Angestellten mit den Organen[314]. Sie bedeutet insofern eine Verbesserung der rechtlichen Stellung des anfragenden Kunden, als auch für die den Organen gleichzustellenden Personen der Haftungsausschluß nicht auf vorsätzliches Handeln erstreckt werden kann (vgl. § 276 II BGB). Diese Verbesserung ist jedoch mehr theoretischer als praktischer Natur. Abgesehen davon, daß nur relativ selten Rat oder Auskunft vorsätzlich falsch erteilt wird, ist es eine häufig praktizierte Übung der Banken, Kreditauskünfte nicht zu unterzeichnen. Dadurch ist es für den Kunden im Einzelfall schwierig festzustellen, ob ein Organ bzw. eine ihm gleichzustellende Person oder ob ein Erfüllungsgehilfe die Auskunft erteilt hat, ob also die Haftung nur für leicht fahrlässiges oder auch für grob fahrlässiges und vorsätzliches Handeln der betreffenden Person ausgeschlossen ist. Entsprechende Schwierigkeiten ergeben sich für den Anfragenden bei der Beweisführung in einem Prozeß.

Wollte man die Position des anfragenden Kunden hinsichtlich seiner Ansprüche gegen die Bank wegen falscher Rat- und Auskunftserteilung grundlegend und dauerhaft verbessern, so böten sich nur zwei Möglichkeiten an: Änderung der Nr. 10 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder der §§ 276, 278 BGB, was eine Änderung der Nr. 10 zur Folge haben müßte. Hierzu ist jedoch nur kurz fol-

---

314) Vgl. hierzu S. 127 ff.

gendes zu bemerken: Eine Änderung der §§ 276, 278 BGB kommt nicht in Betracht, da mit diesen Vorschriften in der weit überwiegenden Mehrzahl aller Fälle, auf die sie Anwendung finden können, billige Ergebnisse erzielt werden. Die genannten Vorschriften haben in den Fassungen - wie sie heute bestehen - deshalb durchaus ihre Berechtigung. Eine Änderung der §§ 276, 278 BGB nur für die Fälle der Haftung für falsche Rat- und Auskunftserteilung und möglicherweise einige rechtlich vergleichbare Fälle wäre deshalb unverhältnismäßig und somit unvertretbar.

Soweit die Änderung der Nr. 10 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Frage steht, ist festzustellen, daß die Banken diese Bestimmung sicherlich nicht von selbst zu ihren Ungunsten ändern werden. Eine Änderung ist jedoch im Wege der Inhaltskontrolle möglich. Zwar gibt es schon Fälle richterlicher Inhaltskontrolle[315]. Den entsprechenden Urteilen fehlt es jedoch an der erforderlichen Breitenwirkung, weil sie sich notwendigerweise auf den jeweiligen Einzelfall beschränken müssen[316]. Andere Möglichkeiten der Inhaltskontrolle werden insbesondere seit dem Jahre 1974 ausführlich öffentlich diskutiert[317]. Als bisheriges Ergebnis dieser Diskussion ist festzuhalten, daß man sich zwar einig darüber ist, welche Mög-

---

315) Vgl. als Beispiel BGH NJW 1964, 2058, 2059 (S. 151).
316) Löwe in NJW 1974, 1033, 1037
317) Vgl. hierzu die zahlreichen Nachweise bei Ulmer S. H 8.

lichkeiten der Inhaltskontrolle bestehen[318]. Uneinigkeit besteht jedoch darüber, welche der Möglichkeiten am wirksamsten ist und deshalb den Vorzug vor anderen verdient. Solange sich der Gesetzgeber nicht für eine oder mehrere der aufgeführten Möglichkeiten der Inhaltskontrolle[319] entschieden hat, ist die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen weiterhin Aufgabe der Rechtsprechung. Als Stützen der richterlichen Kontrolltätigkeit bieten sich die enge Auslegung[320] und/oder die enge Begrenzung des Anwendungsbereiches Allgemeiner Geschäftsbedingungen an.

Die enge Auslegung setzt voraus, daß die betreffende Geschäftsbedingung überhaupt auslegungsbedürftig ist. Letzteres trifft jedenfalls für Nr. 10 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken nicht zu. Diese Klausel

---

318) Vgl. die Zusammenstellung bei Kötz S. A 56 ff: "Schutz durch Formalisierung des Vertragsabschlusses", "Schutz durch eine Generalklausel", "Schutz durch Vermehrung der zwingenden Regeln des Vertragsrechts", "Schutz durch Einführung einer AGB-Kontrollklage", "Schutz durch präventive Verwaltungskontrolle". Als Beispiel für den Schutz durch eine Generalklausel vgl. § 6 II des Referentenentwurfs eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen (DB Beilage Nr. 18/1974 zu Heft Nr. 39 vom 27. Sept. 1974, S. 2), § 7 des Entwurfs eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen (GAGB) der Fachkommission "Verbraucherschutz" des Bundesarbeitskreises Christlich-Demokratischer Juristen (BB Beilage 9/1974 zu Heft 26/1974, S. 2) und Kötz S. A 67; kritisch hierzu Möhring in NJW 1974, 1689, 1690.

319) s. Fußn. 318

320) Vgl. hierzu:
RG DR (Ausg. A) 1941, 1726 mit zustimmender Anmerkung von Herschel in DR (Ausg. A) 1941, 1727;
BGH MDR 1955, 213, 216

ist in ihrem Wortlaut durchaus eindeutig. Es besteht nur eine einzige Schwierigkeit, die sich zwar nicht direkt aus dem Wortlaut der Nr. 10 ergibt, jedoch mit diesem in engem Zusammenhang steht: die in bestimmten Einzelfällen vorzunehmende Abgrenzung des (noch) fahrlässigen vom (schon) vorsätzlichen Handeln. Was in diesem Zusammenhang die Frage einer einengenden "Auslegung" betrifft, so darf die in Grenzfällen vorzunehmende Entscheidung, ob Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorliegt, ausschließlich unter Zugrundelegung der jeweiligen Tatumstände getroffen werden. Nicht dürfen im Einzelfall anzustellende rechtspolitische Erwägungen die Entscheidung zugunsten der einen oder anderen Schuldform begünstigen. Auch bewußte Fahrlässigkeit darf also nicht als Vorsatz "ausgelegt" werden in der Absicht, die rechtliche Stellung des Anfragenden dadurch zu verbessern, daß bei den juristischen Personen unter den Banken für Organe und ihnen gleichzustellende Personen § 276 II BGB zur Anwendung gelangt.

Um die Stellung des Anfragenden in Haftungsfällen bei falscher Rat- oder Auskunftserteilung zu verbessern, bleibt somit zur Zeit nur die Möglichkeit, den Anwendungsbereich der Nr. 10 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eng zu begrenzen, d.h. einen strengen Maßstab anzulegen, wenn es festzustellen gilt, ob die Berufung der Banken auf Nr. 10 im Einzelfall zu Recht und nicht in mißbräuchlicher Absicht geschieht. Dabei sind neben den Rechtsgedanken des § 138 BGB insbesondere die des § 242 BGB zu beachten. Dies führt zu einer in jedem

Einzelfall neu vorzunehmenden Gegenüberstellung und Abwägung der Interessen der Beteiligten: des Interesses der Bank an der Möglichkeit eines weitgehenden Haftungsausschlusses bei falscher Rat- und Auskunftserteilung einerseits und des Interesses des anfragenden Kunden an einer Einschränkung dieser Möglichkeit andererseits.

Wenn bisher ausschließlich die schwache Position des Anfragenden betont wurde, so soll hierdurch keinesfalls die Ansicht vertreten werden, das Ergebnis einer jeden Interessenabwägung müsse die Verschiebung des rechtlichen Kräfteverhältnisses - gegebenenfalls bis zu seiner Verkehrung ins Gegenteil - zugunsten des Anfragenden sein. Denn selbst bei Berücksichtigung aller erdenklichen Argumente, die bei einer Interessensabwägung f ü r den Anfragenden in die Waagschale geworfen werden können, ist doch der umfassenden Freizeichnung seitens der Banken in gewissem Maße Verständnis entgegenzubringen, das bei der Interessenabwägung nicht unberücksichtigt bleiben darf. Dies gilt insbesondere angesichts des häufig nicht vorhersehbaren Ausmaßes der durch falsche Rat- oder Auskunftserteilung eintretenden Schäden. Wie weit dieses Verständnis angebracht erscheint, ob es insbesondere die durch Nr. 10 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verkörperte Ausschöpfung aller durch die §§ 276, 278 BGB gegebenen Möglichkeiten der Haftungsfreizeichnung deckt, ist wiederum eine Frage, die nur im Einzelfall bei Kenntnis der jeweiligen

Tatumstände entschieden werden kann[321].

Nach Abwägung der beiderseitigen Interessen und unter Berücksichtigung des rechtspolitischen Bedürfnisses, die Stellung des anfragenden Kunden zu verbessern, ist es bis zu einer gesetzlichen Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen weiterhin Aufgabe der Rechtsprechung, in jedem Einzelfall den Anwendungsbereich der Nr. 10 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen neu festzulegen. Dies muß - wie oben schon erwähnt - vorwiegend auf der Grundlage des § 242 BGB geschehen. Im Zusammenhang mit dieser Vorschrift sei abschließend bemerkt, daß es im Interesse der Rechtssicherheit begrüßenswert wäre, wenn sich im Wege der Rechtsfortbildung durch die Entscheidungen der Gerichte feste Richtlinien für den Anwendungsbereich der Nr. 10 AGB herausbilden würden, soweit dies nicht bereits geschehen ist.

---

321) Nur am Rande sei bemerkt, daß es kein an dieser Stelle passendes Argument ist, den Banken müsse die Ausnutzung ihrer wirtschaftlichen Machtstellung in gewissem Umfang belassen werden (vgl. RG JW 1931, 2719, 2720); denn zu der Möglichkeit, eine derart weitgehende Freizeichnungsklausel - wie es Nr. 10 AGB ist - abfassen zu können, steht die wirtschaftliche Machtstellung in keinem ursächlichen Zusammenhang. Diese ist vielmehr nur dann von Bedeutung, wenn es gilt, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vertragsbestandteil werden zu lassen, den Kunden also diesen Bestimmungen zu unterwerfen. Vgl. hierzu Herschel in der o.a. Anmerkung RG DR (Ausg. A) 1941, 1727, 1728.

Lebenslauf

Am 13. April 1948 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Ferdinand Dirichs und seiner Ehefrau Hannelore, geb. Frohnhäuser, in Recklinghausen geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Von 1954 bis 1958 besuchte ich die Volksschule, anschließend das humanistische Staatliche Gymnasium Paulinum zu Münster, das ich am 5. November 1966 mit dem Reifezeugnis verließ.

Im Sommersemester 1967 nahm ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster das Studium der Rechtswissenschaften auf. Während des dritten und vierten Semesters studierte ich an der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen. Anschließend kehrte ich an die Westfälische Wilhelms-Universität zurück. Am 4. September 1971 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab.

Nach dem juristischen Vorbereitungsdienst, den ich zur Anfertigung der vorliegenden Dissertation unterbrach, bestand ich am 7. März 1975 die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen.

Seit dem 2. Juni 1975 bin ich in der Finanzverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen tätig.